This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Esta é uma cópia digital de um livro que foi preservado por gerações em prateleiras de bibliotecas até ser cuidadosamente digitalizado pelo Google, como parte de um projeto que visa disponibilizar livros do mundo todo na Internet.

O livro sobreviveu tempo suficiente para que os direitos autorais expirassem e ele se tornasse então parte do domínio público. Um livro de domínio público é aquele que nunca esteve sujeito a direitos autorais ou cujos direitos autorais expiraram. A condição de domínio público de um livro pode variar de país para país. Os livros de domínio público são as nossas portas de acesso ao passado e representam uma grande riqueza histórica, cultural e de conhecimentos, normalmente difíceis de serem descobertos.

As marcas, observações e outras notas nas margens do volume original aparecerão neste arquivo um reflexo da longa jornada pela qual o livro passou: do editor à biblioteca, e finalmente até você.

**Diretrizes de uso**

O Google se orgulha de realizar parcerias com bibliotecas para digitalizar materiais de domínio público e torná-los amplamente acessíveis. Os livros de domínio público pertencem ao público, e nós meramente os preservamos. No entanto, esse trabalho é dispendioso; sendo assim, para continuar a oferecer este recurso, formulamos algumas etapas visando evitar o abuso por partes comerciais, incluindo o estabelecimento de restrições técnicas nas consultas automatizadas.

Pedimos que você:

- Faça somente uso não comercial dos arquivos.
  A Pesquisa de Livros do Google foi projetada para o uso individual, e nós solicitamos que você use estes arquivos para fins pessoais e não comerciais.

- Evite consultas automatizadas.
  Não envie consultas automatizadas de qualquer espécie ao sistema do Google. Se você estiver realizando pesquisas sobre tradução automática, reconhecimento ótico de caracteres ou outras áreas para as quais o acesso a uma grande quantidade de texto for útil, entre em contato conosco. Incentivamos o uso de materiais de domínio público para esses fins e talvez possamos ajudar.

- Mantenha a atribuição.
  A "marca dágua" que você vê em cada um dos arquivos é essencial para informar as pessoas sobre este projeto e ajudá-las a encontrar outros materiais através da Pesquisa de Livros do Google. Não a remova.

- Mantenha os padrões legais.
  Independentemente do que você usar, tenha em mente que é responsável por garantir que o que está fazendo esteja dentro da lei. Não presuma que, só porque acreditamos que um livro é de domínio público para os usuários dos Estados Unidos, a obra será de domínio público para usuários de outros países. A condição dos direitos autorais de um livro varia de país para país, e nós não podemos oferecer orientação sobre a permissão ou não de determinado uso de um livro em específico. Lembramos que o fato de o livro aparecer na Pesquisa de Livros do Google não significa que ele pode ser usado de qualquer maneira em qualquer lugar do mundo. As conseqüências pela violação de direitos autorais podem ser graves.

**Sobre a Pesquisa de Livros do Google**

A missão do Google é organizar as informações de todo o mundo e torná-las úteis e acessíveis. A Pesquisa de Livros do Google ajuda os leitores a descobrir livros do mundo todo ao mesmo tempo em que ajuda os autores e editores a alcançar novos públicos. Você pode pesquisar o texto integral deste livro na web, em `http://books.google.com/`

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

2239

3/F
8/4

# PRAXE FORENSE

## II

Typographia Universal de LAEMMERT, rua dos Invalidos, 61 B

Brazil. laws, statutes, etc. Codes, Civil procedure

# PRAXE FORENSE

OU

# DIRECTORIO PRATICO

## DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

CONFORME A ACTUAL LEGISLAÇÃO DO IMPERIO

POR

Alberto Antonio de Moraes Carvalho,

ANTIGO ADVOGADO

Bacharel formado em Canones pela Universidade de Coimbra,
Commendador da Ordem de Christo,
Membro honorario do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros,
Membro correspondente do Instituto Historico de França.

TOMO SEGUNDO

RIO DE JANEIRO

Á VENDA EM CASA DOS EDITORES-PROPRIETARIOS

EDUARDO E HENRIQUE LAEMMERT

Rua da Quitanda, 77

1850

S
BRA
391 M
E50

Les écrivains superficiels, ou étrangers à la science de la législation, ont pu seuls méconnaître l'utilité des règles de procédure.

FAVARD DE LANGLADE.

# PROCESSO CIVIL

## CAPITULO XI.

### Da Replica.

§ 304.

Replica é a allegação do autor, em que se corrobora o libello, refutando-se a contrariedade, ou em que esta se nega.

§ 305.

A replica é da substancia do juizo nas causas que tem curso ordinario: a sua omissão produz nullidade. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20 *principio, e* § 5 (187).

---

(187) A Disposição Provisoria, artigo 14, havia extinguido as replicas; em breve se conheceu o desacerto dessa providencia, e ella foi revogada pela Lei de 3 de Dezembro de 1841, artigo 120.



804081

§ 306.

A replica tem lugar nas causas ordinarias, e não nas summarias, salvo quando se convertem em ordinarias (188).

§ 307.

Tambem tem lugar na reconvenção e na opposição em causas ordinarias, nos embargos de terceiro e artigos de preferencia.

§ 308.

Não se admitte:

1.° nos artigos de attentado;

2.° nos artigos de habilitação, *Primeiras Linhas, nota* 337;

3.° nos embargos á chancellaria, *Assento de* 8 *de Agosto de* 1851;

---

(188) A assignação de dez dias é summaria; mas se os embargos se recebem, torna-se ordinaria e tem replica e treplica: o mesmo succede nos comminatorios ou preceitos penaes, se não respeitão á posse dentro de anno e dia.

4.° na appellação, *Ordenação, livro* 3, *titulo* 83;

5.° nos embargos á execução, *Ordenação dita, titulo* 87 *principio;*

6.° no processo da liquidação, *Titulo* 86, § 19 (189).

§ 309.

Na replica póde o autor corroborar a acção deduzida no libello com novos fundamentos; mas não póde varia-la nem augmentar o pedido. *Segundas Linhas, nota* 338, *n.°* 4.

§ 310.

Para se formar a replica concede-se o termo de uma audiencia; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 5: passado elle, procede-se ao lançamento, que póde ser rescindido nos termos do § 295.

---

(189) Pereira e Souza, na nota 337, tambem comprehende nas excepções os artigos de falsidade, de contradictas, embargos de ob e subrepção; e Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 337, considera como optima aquella doutrina; eu porém tenho repugnancia em adherir a ella, attenta a disposição da Ordenação, livro 3, titulo 20, § 33.

§ 311.

Se a replica é por negação geral, fica a causa em prova; se é por artigos, segue-se a treplica.

§ 312.

A replica póde addir-se antes de deduzida a treplica, pedindo-se licença ao juiz.

## CAPITULO XII.

### Da Treplica.

§ 313.

Treplica é a allegação em resposta á replica, por artigos ou negação.

§ 314.

Depois da treplica não se admittem mais artigos. *Primeiras Linhas, nota* 151 (190).

---

(190) Hoje nem mesmo se admittem artigos de nova razão, porque os tribunaes superiores não se podem arvorar em juizos de primeira instancia, nem de taes artigos trata o Regulamento de 3 de Janeiro de 1833.

§ 315.

Deve a treplica ser deduzida no termo de uma audiencia, *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 5: em caso contrario, procede-se a lançamento, que póde rescindir-se nos termos do § 295.

§ 316.

A treplica póde addir-se antes de se pôr a causa em prova, pedindo-se licença ao juiz.

## CAPITULO XIII.

### Da Reconvenção.

§ 317.

Quando o réo tem alguma acção contra o autor que o demanda, tambem por ella o póde demandar perante o mesmo juiz: a essa acção do réo é que se chama reconvenção (191).

§ 318.

A reconvenção deduz-se por artigos, assim como o

(191) As grandes differenças entre reconvenção e compensação se podem ver em Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 316, § 3; mas a materia da compensação póde deduzir-se por reconvenção; e isto é mais util; § 4.

libello, e o que se disse respeito a este é applicavel áquella (192).

§ 319.

Para a reconvenção deve haver citação pessoal; porém se o autor está ausente e a acção é proposta por procuração geral, póde ser citado o procurador, ainda que haja reserva de nova citação; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 2, *principio:* o mesmo succede quando o procurador o é em causa propria. *Primeiras Linhas, nota* 315 (193).

§ 320.

Todos os que são habeis para propôr acção tambem o são para poderem reconvir: excéptua-se o fiador,

---

(192) Na acção de prestação de contas a reconvenção se subentende, e não é mister deduzir-se; pois mesmo sem ella, o autor, sendo alcançado nas contas, é condemnado; *Guerreiro, Tratado* 4, *livro* 1, *capitulo* 5 *a n.º* 45; *Segundas Linhas, notas* 89 *e* 316, § 5.

(193) Se faltar a citação, e apezar disso o autor responder á reconvenção, fica supprida a falta: *Segundas Linhas, nota* 316, *n.º* 6. Quando a citação é feita na pessoa do procurador, se disser que não tem informação para responder á reconvenção, ser-lhe-ha dado tempo para a haver, suspenso o feito; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 2, *principio.*

que, não podendo demandar o credor pela acção que contra elle tenha o devedor, póde reconvir com ella quando seja demandado. *Segundas Linhas*, *nota* 317 (194).

§ 321.

O chamado á autoria tambem póde reconvir, se toma a si a defesa da causa com consentimento do autor, ou se presta fiança na fórma da Ordenação, livro 3, titulo 45, §§ 6 e 7. *Pereira e Souza*, *nota* 316.

§ 322.

Podem ser reconvidos todos os autores na mesma qualidade em que propoem a sua acção (195).

---

(194) A doutrina de Pereira e Souza, na nota 316, de que o réo que declina não póde reconvir, é insustentavel; não póde reconvir emquanto declina, porque isso seria consentir no juizo; mas firmada a jurisdicção, ou depois de feita a remessa do processo, por certo póde vir com reconvenção.

(195) A mesma pessoa physica póde figurar duas diversas a respeito de diversos direitos; e assim, se o autor propõe a acção como tutor ou curador, não póde ser reconvido por obrigação sua pessoal; se a propõe por direito seu privativo, não póde ser demandado em qualidade de tutor ou procurador d'alguem, &c. *Segundas Linhas*, *nota* 317, § 4.

§ 323.

A reconvenção só tem lugar na primeira instancia, e em qualquer estado que o processo se ache, até sentença definitiva. Se é opposta antes da contestação ou antes do autor fazer sua prova, ella anda igual passo com a acção: se é opposta depois, cada uma segue o seu curso em separado. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 33 *principio*, e § 1 (196).

---

(196) Na segunda hypothese a reconvenção só tem o effeito de prorogar a jurisdicção do juiz para o autor ser ahi mesmo demandado.

# CAPITULO XIV.

## Da Opposição.

### § 324.

Opposição é a acção que um terceiro deduz em juizo, já começado, para excluir o autor e o réo. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 31 (197).

---

(197) A definição dada por Pereira e Souza, § 154, não me parece exacta; pois que a opposição, se fosse libello, não abrangeria os mais actos da contrariedade, replica, tréplica, &c. Os artigos de opposição são como libello, mas este libello é uma parte da opposição. Igualmente não posso convir que a opposição possa ser só contra o autor ou só contra o réo; nesse caso o oppoente não será mais que um mero assistente, como se deduz das doutrinas do mesmo escriptor, no § 71 e na nota 349; e as palavras da Ordenação, livro 3, titulo 20, § 31 — *a excluir assim ao autor como ao réo, dizendo que a cousa demandada lhe pertence e não a cada uma das ditas partes* — são sufficientes para firmar a minha opinião.

§ 325.

O oppoente deve fazer requerimento ao juiz da causa para que lhe mande tomar procuração e continuar vista, afim de deduzir seus artigos, citando-se o autor e réo para fallarem a elles (198).

§ 326.

Se a opposição apparecer antes de se dar lugar á prova, são recebidos os artigos em audiencia, e correm no mesmo processo simultaneamente com a causa principal. *Ordenação dita* (199).

---

(198) Pereira e Souza diz, na nota 346, que não se carece de citação das partes; pois aquellas já se achão em juizo; Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 346, *n.º* 2, diz que aquella opinião não é segura, e que tem havido arestos em contrario. Accresce a isto que tambem para a reconvenção é necessaria a citação, apezar de estarem as partes em juizo, e não vejo razão de differença. Ainda mais; as partes de ordinario estão em juizo representadas por procuradores, e estes não podem fallar á nova acção, deduzida na opposição, sem que os constituintes sejão citados. Penso pois ser mais seguro haver a citação.

(199) Ainda que a dilação esteja assignada, tem lugar a opposição simultanea, emquanto as testemunhas não estão dadas; e mesmo

§ 327.

Se apparecer depois de se dar lugar á prova, são os artigos recebidos por desembargo, e corre em apartado; *Ordenação citada;* nem mesmo se attende neste caso á restituição. *Primeiras Linhas, nota* 350.

§ 328.

Recebidos os artigos, seguem-se os mais termos de contrariedade, replica e treplica, como no libello (200).

§ 329.

Podem haver differentes oppoentes, e todos os artigos delles seguem a mesma marcha.

---

depois de dadas, tem lugar no caso que o réo, lançado da treplica, fosse depois admittido a treplicar. *Segundas Linhas, nota* 347.

(200) Deve-se continuar vista para contrariar e treplicar os artigos de opposição tanto ao autor como ao réo, porque respeito a taes artigos ambos elles são réos: se houver mais que um oppoente, tambem estes devem contrariar e treplicar mutuamente.

§ 330.

Afinal arrazoa o oppoente primeiro, depois o autor, depois o réo, sendo muitos os oppoentes: o ultimo que veio com artigos de opposição é o primeiro a arrazoar, e assim os mais. *Segundas Linhas, nota* 348 e 552.

§ 331.

Do despacho que recebe os artigos de opposição apenas cabe aggravo do auto do processo, *Primeiras Linhas, nota* 348: do que os não recebe ou não admitte o oppoente, cabe aggravo de petição ou instrumento; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 31; *Regulamento de* 15 *de Março de* 1842, *artigo* 15, § 3: da sentença final cabe appellação.

## CAPITULO XV.

### Da Autoria.

§ 332.

Autoria é a denunciação judicial da lide que o réo faz áquelle de quem houve a cousa demandada, para que o defenda; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 44 *e* 45.

§ 333.

Quando o réo houve a cousa de outrem, deve nomea-lo por autor (201), requerendo ao juiz que o

(201) Neste caso a palavra — autor — não significa aquelle que demanda em juizo um direito por meio de acção, mas sim aquelle de quem o réo houve a cousa. *Auctores dicuntur, a quibus jus in nos transit, et a quibus causam habemus. Vicat, Vocabulario Juridico; Primeiras Linhas, nota* 319.

mande citar para que venha tomar a si a defesa da causa, pena de lançamento e de ficar sujeito á evicção e indemnisação de todos os prejuizos (202).

§ 334.

O juiz marca um termo razoavel para isso; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 45, *principio:* se dentro desse termo, ou o réo não apresenta a citação desse autor, ou este declara que não o quer defender, deve o réo offerecer a sua defesa, seguindo a causa. *Ordenação citada,* §§ 1 *e* 3 (203).

§ 335.

Se o réo apresenta a citação, accusa-se, e se assigna ao citado o prazo de duas audiencias para juntar procuração e defender-se: se não comparece, é lançado, e fazem-se os autos conclusos para se julgar o lançamento e comminação por sentença.

---

(202) Se o individuo é fallecido, devem ser citados seus herdeiros. *Primeiras Linhas,* § 161.

(203) Havendo justo impedimento, deve prorogar-se o termo. *Silveira ad Ord., livro* 3, *titulo* 44, § 1, *n.º* 13.

§ 336.

Se comparece e quer defender o réo, o autor na causa póde obstar-lhe, dizendo que antes quer litigar com o réo; mas o chamado á autoria tem nesse caso o recurso de defender o réo como procurador em causa propria, dando caução pignoraticia ou fidei-jussoria, que facilite a livre execução da sentença. *Ordenação dita*, §§ 6 *e* 7.

§ 337.

O chamamento á autoria deve ser antes de abertas e publicadas as inquirições (204); não sendo feito até esse tempo, cessa a responsabilidade do nomeado. *Ordenação dita*, § 2.° (205).

---

(204) Hoje as inquirições são publicas desde logo. *Disposição Provisoria artigo* 11; e portanto parece que o chamamento deve ser feito antes de produzirem testemunhas.

(205) Este chamamento é tão necessario, que não se dispensa, mesmo no caso de haver sido citado para a acção aquelle que tem de ser chamado; *Segundas Linhas*, *nota* 359.

§ 338

Feita a nomeação do autor, deve-se sobrestar no feito, salvo se o nomeado estiver fóra do imperio. *Ordenação dita, principio.*

§ 339.

Só podem chamar á autoria aquelles que possuem em nome proprio e se julgão senhores pela causa que tem do autor : aquelles que possuem em nome alheio, como os colonos , inquilinos , procuradores , etc. , apenas são obrigados a nomear por autor o senhor da cousa ; e neste caso ao autor na causa incumbe a obrigação de o fazer citar, se quizer proseguir. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 45, § 10; *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 4, § 12.

§ 340.

O chamado á autoria pelo que possue em nome proprio não póde declinar o foro, salvo se fôr a fazenda nacional; *Ordenação dita,* § 11; mas o nomeado por autor, por quem tem ou possue a cousa em

nome alheio, póde declinar para o seu domicilio não se verificando a competencia da situação da causa, § 10.

§ 341.

O chamado á autoria tambem póde chamar aquelle de quem houve a cousa, e esse a outro, e assim progressivamente. *Ordenação*, *titulo* 44, § 1, *titulo* 54, § 1.

§ 342.

O chamado á autoria póde reconvir; elle faz causa commum com o réo principal, que póde assistir, ainda que aquelle aceite a defesa. *Primeiras Linhas*, § 168, *nota* 355.

§ 343.

A autoria só tem lugar nas acções reaes e nas pessoaes, *in rem scriptas*, e não nas meramente pessoaes. *Ordenações citadas*; *Primeiras Linhas*, *nota* 350 (206).

---

(206) Nas acções meramente pessoaes não tem cabimento a autoria; mas ha casos em que se deve praticar uma denunciação judicial,

§ 338

Feita a nomeação do autor, deve-se sobrestar no feito, salvo se o nomeado estiver fóra do imperio. *Ordenação dita, principio.*

§ 339.

Só podem chamar á autoria aquelles que possuem em nome proprio e se julgão senhores pela causa que tem do autor : aquelles que possuem em nome alheio, como os colonos , inquilinos , procuradores , etc. , apenas são obrigados a nomear por autor o senhor da cousa ; e neste caso ao autor na causa incumbe a obrigação de o fazer citar, se quizer proseguir. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 45, § 10 ; *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 4, § 12.

§ 340.

O chamado á autoria pelo que possue em nome proprio não póde declinar o foro, salvo se fôr a fazenda nacional; *Ordenação dita,* § 11 ; mas o nomeado por autor, por quem tem ou possue a cousa em

nome alheio, póde declinar para o seu domicilio não se verificando a competencia da situação da causa, § 10.

§ 341.

O chamado á autoria tambem póde chamar aquelle de quem houve a cousa, e esse a outro, e assim progressivamente. *Ordenação*, *titulo* 44, § 1, *titulo* 54, § 1.

§ 342.

O chamado á autoria póde reconvir; elle faz causa commum com o réo principal, que póde assistir, ainda que aquelle aceite a defesa. *Primeiras Linhas*, § 168, *nota* 355.

§ 343.

A autoria só tem lugar nas acções reaes e nas pessoaes, *in rem scriptas*, e não nas meramente pessoaes. *Ordenações citadas*; *Primeiras Linhas*, *nota* 350 (206).

---

(206) Nas acções meramente pessoaes não tem cabimento a autoria; mas ha casos em que se deve praticar uma denunciação judicial,

§ 338

Feita a nomeação do autor, deve-se sobrestar no feito, salvo se o nomeado estiver fóra do imperio. *Ordenação dita, principio.*

§ 339.

Só podem chamar á autoria aquelles que possuem em nome proprio e se julgão senhores pela causa que tem do autor : aquelles que possuem em nome alheio, como os colonos, inquilinos, procuradores, etc., apenas são obrigados a nomear por autor o senhor da cousa; e neste caso ao autor na causa incumbe a obrigação de o fazer citar, se quizer proseguir. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 45, § 10; *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 4, § 12.

§ 340.

O chamado á autoria pelo que possue em nome proprio não póde declinar o foro, salvo se fôr a fazenda nacional; *Ordenação dita,* § 11; mas o nomeado por autor, por quem tem ou possue a cousa em

nome alheio, póde declinar para o seu domicilio não se verificando a competencia da situação da causa, § 10.

§ 341.

O chamado á autoria tambem póde chamar aquelle de quem houve a cousa, e esse a outro, e assim progressivamente. *Ordenação*, *titulo* 44, § 1, *titulo* 54, § 1.

§ 342.

O chamado á autoria póde reconvir; elle faz causa commum com o réo principal, que póde assistir, ainda que aquelle aceite a defesa. *Primeiras Linhas*, § 168, *nota* 355.

§ 343.

A autoria só tem lugar nas acções reaes e nas pessoaes, *in rem scriptas*, e não nas meramente pessoaes. *Ordenações citadas*; *Primeiras Linhas*, *nota* 350 (206).

---

(206) Nas acções meramente pessoaes não tem cabimento a autoria; mas ha casos em que se deve praticar uma denunciação judicial,

3.° A fideijussoria;

4.° A meramente promissoria.

A primeira, garante com juramento (208);

A segunda, com penhores ou hypotheca (209);

A terceira, com fiadores e abonadores (210);

A quarta, com a promessa (211). *Primeiras Linhas*, § 170.

§ 347.

Quando a lei exige caução, se entende ordinariamente ser a fideijussoria. *Primeiras Linhas*, § 171.

---

(208) Pertence a essa classe o juramento que prestão os inventariantes. O juramento de calumnia não se podia considerar como caução juratoria; *Segundas Linhas nota* 365, § 3. A Disposição Provisoria, art. 10, abolio esse juramento, quando pedido a requerimento de parte; mas em muitos casos se pratica por estylo, e os juizes o mandão prestar; como quando se pede segunda dilação e se jura que é sem dolo; quando se pede vista para embargos de terceiro, quando se requer arresto, etc. Sobre a caução juratoria tratou largamente Almeida e Souza, Dissertação 3.ª das anonymas.

(209) Algumas leis exigem caução com penhores, como a Ordenação, livro 3, titulo 22, § 2; outras com hypotheca.

(210) São immensas as leis que exigem caução fideijussoria; seria ocioso enumera-las. *Vide Almeida e Souza, Dissertação dita.*

(211) Ainda se pratica entre nós a caução de *rato*, assignado o defensor ou o procurador, cuja procuração se desencaminhou, ou que a não tem legal, termo em que promette apresentar uma procuração legal dentro de certo prazo. *Primeiras Linhas, nota* 368.

§ 348.

Os fiadores devem ser pessoas capazes de se obrigar e ao mesmo tempo idoneas; e assim não o podem ser as mulheres, exceptuados poucos casos; os menores; os bebados durante a ebriedade; os prodigos como taes julgados; os mudos e surdos; os soldados; os frades; os abbades regulares; os escravos; os embaixadores; os que não tem bens sufficientes, ou os tem onerados; os que os tem fóra da jurisdicção do juiz da causa; os rixosos e de difficil convenção. *Primeiras Linhas, nota* 369; *Segundas Linhas, nota* 369.

§ 349.

Se as testemunhas que jurão ser idoneo o fiador declarão que o abonão, ficão tambem sendo responsaveis (212).

---

(212) Não me posso conformar com a doutrina de Almeida e Souza, *Segundas Linhas*, *nota* 370, emquanto diz que as testemunhas que jurão ser idoneo o fiador ficão sendo suas abonadoras: ninguem é responsavel sem contrahir uma obrigação; nem as palavras podem conter o contrario do que significão: se essa absurda doutrina prevalecesse, facil seria illudir os incautos, e até os espertos. Se a testemunha usa de dolo para que seja julgado idoneo um fiador

§ 350.

Ha casos em que a lei consente que a caução fideijussoria seja substituida pela juratoria; mas então devem verificar-se os requisitos seguintes:

1.° Que se prove a pobreza do que jura;

2.° Que jure não poder achar fiador;

3.° Que seja pessoa honesta e de probidade;

4.° Que não seja suspeita de dilapidação ou fuga: *Primeiras Linhas, nota* 371 (213).

§ 351.

Hoje não se presta fiança ao pagamento das custas; pois foi abolida pela *Disposição Provisoria, art.* 10 (214).

---

que o não é, então póde ser responsavel por esse dolo; mas nunca pelo simples facto de ser testemunha, se jurou em boa fé. Quando ella declara que abona, então toma sobre si uma obrigação que deve satisfazer.

(213) A Ordenação, livro 4, titulo 102, § 5, nos ministra um exemplo dessa substituição.

(214) A Disposição Provisoria, no citado artigo 10, determina que o autor vencido pague as custas da cadêa; e o Aviso de 10 de Dezembro de 1838 declarou que essa determinação se deve entender geral e indistinctamente a respeito de todos os litigantes que figurem de

autores, comprehendendo aquelles que se habilitão como successores; os quaes todavia não podem soffrer a prisão quanto ás custas, em que já havia condemnação quando tomárão parte na causa. Tambem a prisão não tem lugar pelas custas feitas antes da promulgação da Disposição provisoria, porque a lei não póde ter effeito retroactivo; e quando appareça causa começada antes e seguida depois, póde requerer-se que o contador faça divisão das custas com attenção a essas duas épocas. E poderá a prisão ter cabimento contra menores, tutores, Camaras Municipaes, Corporações Religiosas, etc.? A disposição é generica; mas a sua applicação nestes casos parece um contrasenso. Além disto, penso que em parte é nimiamente dura, em parte imprevidente: o ladrão e outro qualquer delinquente, não tendo meios desatisfazer o damno, é condemnado a prisão com trabalho por tempo determinado; *Codigo Criminal, artigo* 32; o autor que decahio da demanda ás vezes justa ha de ser encarcerado sem limitação de tempo. Desta fórma muitas vezes a situação do criminoso será mais vantajosa que a do homem de boa fé. Disse que em parte era imprevidente, porque na sua generalidade comprehendeu não só os que morão fóra da jurisdicção do juiz onde a causa corre, contra os quaes ha precatorias; mas até os que estão fóra do imperio; e como aos procuradores se não póde applicar a prisão, burlada fica a lei: a segunda parte do § 6 da Ordenação, livro 3, titulo 20, devia ser restaurada. *Vide nota* 392.

## CAPITULO XVII.

### Da Litis-contestação.

§ 352.

Litis-contestação é a resposta do réo á acção do autor (215).

§ 353.

Divide-se em affirmativa ou negativa, segundo o réo responde confessando ou negando; *Ordenação, Livro* 3,

---

(215) Esta definição de Boehmer, *ad Pandectas, Exercicio* 24, § 16, e que vem em as Segundas Linhas, nota 377, pareceu-me a mais simples e a mais conforme com as Ordenações, livro 3, titulo 20, principio, e titulo 51, principio; apenas lhe mudei a palavra *libello*, de que elle se serve, para *acção*, afim de comprehender as summarias, que podem não ter libello.

*titulo* 51, *principio;* e em geral ou especial, conforme nega ou confessa o todo da acção ou parte della. *Mello Freire, Livro* 4, *titulo* 11, § 3.

§ 354.

Apenas se offerece o libello em audiencia, o Juiz por brevidade ha a demanda por contestada. *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 20, § 5, *titulo* 50 *principio;* e a isso se chama litis-contestação ficta, em differença da outra, a que se dá o nome de real ou verdadeira. *Primeiras Linhas,* § 179.

§ 355.

A litis-contestação real se forma logo que o réo apresenta qualquer defesa directa, ou ainda mesmo alguma excepção peremptoria; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 20, *principio e* § 15 (216).

---

(216) A doutrina de Pereira e Souza, nota 380, não me parece exacta; nem posso de lei alguma deduzir que só depois da contrariedade, replica e treplica, é que se possa dizer contestada a lide; parece-me portanto preferivel a de Mello Freire, livro 4, titulo 11, § 5, e mais conforme com a Ordenação, livro 3, titulo 20, principio, que considera a replica e treplica como actos distinctos da contestação e posteriores a ella. O mesmo Mello ahi sustenta que

§ 356.

Os effeitos da litis-contestação são os seguintes:

1.º Perpetuar a acção temporal; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 4; *titulo* 9, *principio*; *titulo* 18, § 12;

2.º Produzir um quasi-contracto (217);

---

as excepções peremptorias tambem servem de contestar a lide, e a despeito da censura que lhe faz Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 376, *n.º* 5, não póde deixar de reconhecer-se a exactidão do principio á vista da Ordenação, livro 3, titulo 20, § 15: embora a do titulo 50 indique o contrario; e se assim não fôra quando uma excepção peremptoria se disputasse, e afinal fosse julgada provada, teriamos finda a questão, sem que tivesse havido litis-contestação, porque não tinha havido contrariedade, replica e treplica, sobre o libello. Pelo que respeita ás excepções dilatorias, diz o mesmo Mello, § 6, que ellas tambem servem de litis-contestação: nesta parte tenho difficuldade em adherir á sua opinião, porque a Ordenação, livro 3, titulo 49, § 3, claramente ordena que taes excepções se alleguem *antes da lide contestada*.

(217) Em virtude desse quasi-contracto, as partes se sujeitão a ouvir a sentença, e por isso já o autor não póde desistir da instancia sem o consentimento do réo: *Primeiras Linhas, nota* 383; este effeito é só proprio da litis-contestação verdadeira; pois antes disso é permittido ao autor desistir, quando quizer, mesmo contra vontade do réo, pagando as custas. É necessario não confundir desistencia da instancia com desistencia da lide: quem renuncia a instancia ou desiste della, reserva o direito de operar outra vez, pagando as custas; e quem desiste ou renuncia á lide perde o direito de tornar a propôr a acção, e dahi nasce a excepção *renun-*

3.° Excluir as excepções, excepto as supervenientes e as de nullidade; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 50 *principio*;

4.° Poder o réo ser condemnado nos fructos e interesses posteriores á litis-contestação; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 66, § 1 (218);

5.° Transmittir, a favor e contra os herdeiros, as acções que, sem isso, serião transitorias. *Assento de* 20 *de Julho de* 1780; *Primeiras Linhas, nota* 388 (219).

---

*tiationis litis*, que é a excepção *litis finitæ*. Quando o réo acintosamente veda a desistencia da lide, tem o autor o remedio de confessar os artigos daquelle. *Alexandre Caetano, Dissertação* 5.ª, *n.°* 152, *e seguintes*: quando se oppõe á desistencia da instancia, que o autor tenta por ver nullo o processo, póde este confessar unicamente os artigos respeitantes á nullidade, com o que, julgada ella, cessa a instancia, que se póde renovar.

(218) Como os juros do dinheiro se possão considerar como interesses ou fructos civis, eu me persuado que tambem póde haver condemnação delles desde a litis-contestação, ainda que não sejão pedidos: bom é não deixar de pedir sempre os rendimentos dos bens rendosos desde a indevida occupação, e os juros desde a mora; porque a Ordenação, livro 3, titulo 66, § 1, é facultativa, e não obriga positivamente ao juiz a condemnar; além de que, os rendimentos e juros pedidos naquella fórma vão mais longe. *Vide Segundas Linhas, a pagina* 343.

(219) Os outros effeitos mencionados por Pereira e Souza, § 180, parecem-me mais proprios da acção que da litis-contestação: a citação faz a cousa litigiosa, *Ordenação, livro* 4, *titulo* 10, *principio*; o § 2 desta lei constitue excepção e falla de um caso privativo; *Segundas Linhas, pagina* 342, *n.°* 6: a citação induz má fé, e interrompe a prescripção, *Ordenação, livro* 4, *titulo* 79, § 4; por

## CAPITULO XVIII.

### Da Dilação.

§ 357.

Depois de recebida a treplica nas causas ordinarias, ou a contestação nas summarias, ou depois de haver lançamento, põe-se a causa em prova, e para esse fim requer-se em audiencia que fique correndo a primeira dilação a começar da citação das partes.

§ 358.

É pois dilação o espaço légal concedido para se produzirem as provas (220).

---

consequencia não se podem considerar como effeitos da litis-contestação effeitos que já existião em virtude da citação anterior.

(220) Esta é a dilação probatoria; quanto ás dilações citatoria e

§ 359.

A parte que tem interesse no adiantamento da causa faz requerimento ao juiz para que se cite a contraria para ver correr a dilação, cujo curso começa desde o dia em que a citação se apresenta no cartorio (221).

§ 360.

Se alguma parte requerer que a outra deponha aos seus artigos primeiro do que seja assignada a dilação, e a parte estiver no lugar onde se trata o feito, assim se deve deferir; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 34 *principio.*

---

deliberatoria, de que trata Pereira e Souza, *Primeiras Linhas*, § 182, são pouco conhecidas na pratica com a denominação de dilações; pois se lhes dá o nome de termos; e assim dizemos que ao réo se assigne o termo de duas audiencias para contrariar; que se cite para no termo de tal comparecer, etc.: esta é tambem a phrase de que se servem as nossas leis; *Ordenação, Livro* 1, *titulo* 18; *titulo* 20, §§ 7, 8, 13, 18, 19, etc. Não duvido que em sentido lato taes termos se possão chamar dilações; mas então tambem é dilação o termo concedido ao escrivão para preparar o processo; o concedido ao juiz para responder a aggravos, etc.; e comtudo não são nem citatorias, nem deliberatorias.

(221) Por praxe taes citações se não accusão. Póde no mesmo requerimento pedir-se se cite a parte para ver jurar testemunhas no dia e hora designada, e que lhe deve ser declarada.

§ 361.

Dá-se dilação para a terra ou para fóra della; naquella inquirem-se as testemunhas que estão no municipio, nesta as que estão fóra, para o que se passa carta precatoria.

§ 362.

A primeira dilação para a terra nas causas ordinarias é de vinte dias; *Ordenação dita*, § 1; para as summarias é de dez dias; *Primeiras linhas, nota* 394 (222).

§ 363.

Póde reformar-se a dilação, ou havendo para isso

(222) Este insigne escriptor diz que nas acções de força se costuma conceder uma só dilação de vinte dias para a terra e para fóra: é facil de ver (apezar que o não diz) que falla da força nova; todavia uma tal doutrina não consta da *Ordenação, livro* 3, *titulo* 48, § 2, que elle cita; e é opposta ao bom senso por não attender ás distancias dos lugares para a prova de fóra da terra. Nessas mesmas causas tenho visto assignar a primeira dilação de dez dias, e conceder cartas de inquirição com dilação correspondente á longitude: a lei, a despeito da summariedade, não quer se sacrifique a verdade.

justa causa, ou por via de restituição, ou por mutuo consentimento das partes; mas deve pedir-se a reforma dentro da antecedente, jurando-se que se pede sem malicia; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 54, §§ 1 *e* 9.

§ 364.

Verificada alguma daquellas circumstancias, póde conceder-se não só segunda, mas terceira e quarta dilação; *Ordenação citada*, § 9; *Primeiras Linhas, nota* 394: a dilação reformada é por metade do tempo da anterior (223).

§ 365.

A dilação reformada, se não fôr requerida em audiencia, deve ser ratificada á primeira; e não começa a correr sem se findar a antecedente, devendo haver citação para isso: finda a ultima, faz-se em audiencia lançamento de prova da terra.

---

(223) As provas são favoraveis, e por isso devem facilitar-se: ellas são a base da sentença, e assim um juiz deve, não havendo dolo, ou incuria indesculpavel, não difficultar as reformas.

§ 366.

A dilação para fóra da terra é concedida pelo juiz conforme as distancias e qualidade do negocio; *Ordenação dita*, § 2: ella deve ser requerida dentro da da terra, ou ao menos protestar-se por ella; §§ 1 e 10 (224).

§ 367.

Ella começa a correr desde o dia que a carta de inquirição é entregue ao que a requereu (225), e tendo de ir por mar desde a sahida (depois da entrega) da primeira embarcação para esse destino; *Ordenação*

---

(224) Esta dilação tambem se reforma pelas causas mencionadas no § 363. O legitimo impedimento prova-se com certidão do escrivão do juizo deprecado apresentada em audiencia do deprecante dentro da dilação; *Primeiras Linhas, nota* 395.

(225) O tempo que o escrivão leva a preparar a carta de inquirição ou que a demora não deve entrar em contemplação; porque a parte não deve ser prejudicada por factos alheios; por isso deve contar-se desde o dia que ella lhe é entregue, nos lugares onde não ha chancellaria; e onde a ha, desde o dia do transito, não havendo omissão em a levar a elle.

*dita*, § 4: para extracção da carta deve haver citação da parte (226).

§ 368.

O que requer dilação para fóra deve jurar que a pede sem dolo, se a parte o exigir, *Ordenação dita*, § 11; nomear as testemunhas sendo para fóra do Imperio, § 13; declarar os artigos a que pretende dar a prova, § 12.

§ 369.

Feita a declaração, o juiz manda fazer os autos conclusos, e achando que os artigos são impertinentes ou irrelevantes, ou que se pede a dilação com dolo, para dilatar, ou que a prova não é necessaria, não deve conceder a dilação; *Ordenação dita*, § 12.

§ 370.

Se as partes não trouxerem suas inquirições dentro

(226) Feita a citação para ver extrahir a carta de inquirição, e para ver jurar testemunhas no juizo deprecado, deve a parte, querendo, enviar procuração para se reperguntarem as testemunhas e requerer-se o que convier.

da dilação, procede-se a lançamento, e segue o feito; mas se depois as apresentarem, antes que o contrario leve a sentença transitada, attendem-se, se forão tiradas dentro da dilação; *Ordenação dita*, § 16.

§ 371.

Nas dilações tambem se podem juntar escripturas e quaesquer documentos; *Ordenação dita*, § 15 (227).

§ 372.

O termo probatorio é continuo, e corre mesmo nas ferias supervenientes, se não absorvem a maior parte da dilação. *Primeiras Linhas*, § 186 (228).

---

(227) Os documentos tambem se podem juntar ás razões finaes, e em todo o estado da causa, *Primeiras Linhas, nota* 471, menos em revista: *Lei de* 18 *de Setembro de* 1828, *artigo* 10; porém delles se dá, por praxe judiciosa, vista á parte; e por isso convém ao réo juntar na dilação os que não juntou aos artigos, afim de evitar que depois de arrazoar volte vista ao autor.

(228) Esta doutrina pouco se conforma com a Ordenação, livro 3, titulo 18, e é excentrica da boa razão; mas ella é admittida na pratica: tenho porém a notar que o primeiro dia depois das ferias, ainda que os dias numericos da dilação sejão já acabados, se deve considerar util, e nelle se podem dar testemunhas, e até pedir reforma; pois que a Ordenação, livro 3, titulo 13, ordena que os

§ 373.

A dilação probatoria e as suas reformas, ainda que pedidas por uma só parte, são communs a ambas, e uma não póde renuncia-las sem consentimento da outra, excepto:

1.° Se esta foi lançada e não deduzio defesa;

2.° Se ella contestou por negação geral;

3.° Se pela sua parte já se tinha lançado de prova;

4.° Se, sendo a reforma obtida por restituição, é renunciada estando o caso *re integra*. *Primeiras Linhas, nota* 401; *Segundas Linhas, nota* 401 (229).

§ 374.

Dos despachos pelos quaes se concedem para fóra do

---

termos não possão acabar em dia feriado, mas só no immediato. Se as ferias absorvem a maior parte da dilação, interrompem-a; mas, findas ellas, prosegue pelos dias que faltavão; *Segundas Linhas, nota* 39.

(229) Daqui se deduz que se a parte que pede a reforma, sem ser em audiencia, e junta o requerimento não a quer dolosamente ratificar, póde a outra requerer a sua ratificação. Todavia é sempre prudente que quem carece da reforma não espere pelas diligencias do seu contrario, se tem fundamento para a pedir.

Imperio dilações grandes ou pequenas, ou pelos quaes inteiramente se denegão para o Imperio ou fóra delle, cabe aggravo de petição; *Ordenação, Livro* 1, *titulo* 6, § 9; *Livro* 3, *titulo* 20, § 5; *titulo* 54, § 12; *Regulamento de* 15 *de Março de* 1842 § 5.

# CAPITULO XIX.

## Das Provas.

### § 375.

Prova se diz tudo aquillo que serve a justificar a existencia de uma convenção, de um facto, de uma proposição (230).

---

(230) Esta definição dada no *Dictionnaire Général Raisonné de Droit Civil Moderne* de 1836, é quasi analoga á de Biret, *Vocabulaire des Cinq Codes*: adoptei-a porque me pareceu muito mais exacta que a de Pereira e Souza, *Processo Civil*, § 192, o qual a deduzio de Mello Freire, livro 4, titulo 16, § 1: diz elle que a prova é um acto judicial, e logo no § 193 a divide em judicial e extrajudicial; isto é contradictorio: demais, como se poderáõ considerar actos judiciaes a confissão feita fóra de juizo, os escriptos particulares e as mesmas escripturas publicas? Esse insigne escriptor, por certo reconhecendo seu erro, já no *Diccionario Juridico* lhe dá outra definição, dizendo: Prova é uma consequencia legitima que resulta de um facto evidente, cuja certeza faz concluir que outro facto, de

§ 376.

A prova se divide:
1.° Em pessoal e real;
2.° Em plena e semiplena;
3.° Em directa e indirecta ou circumstancial;
4.° Em litteral e testemunhal;
5.° Em judicial e extrajudicial.

§ 377.

Prova pessoal é aquella que é fornecida por um ser humano; real é aquella que se deduz do estado das cousas (231).

---

que se ignorava a verdade, é ou não verdadeiro. Esta é quasi identica com a de Jérémie Bentham, *Traité de Preuves Judiciaires, tomo 1, capitulo 4*, e por certo mais ampla e mais exacta.

(231) Paulo jura que vio João perseguindo a Antonio com uma faca; Antonio apparece morto, e a faca de João ao pé, cheia de sangue; o juramento de João é uma prova pessoal, a faca constitue uma prova real; *Bentham, dito, capitulo* 6. Tito jura que os limites das terras de Manoel vão até tal lugar, segundo uma medição que houve: em vestoria averigua-se a existencia de marcos; aqui temos no juramento uma prova pessoal; na achada dos marcos uma prova real. Cumpre ter em vista que aqui a palavra real não quer dizer plena ou perfeita.

§ 378.

Prova plena é a que faz tanta fé quanta basta para decidir a controversia: semiplena é aquella que produz alguma fé, não tanta que por ella se decida a questão (232).

§ 379.

Prova directa é a que directamente mostra a verdade do facto: indirecta é a que mostra a verdade de outros factos, dos quaes se deduz a existencia do controvertido (233).

---

(232) É isto exactamente o que diz Vicat. *Vocabulario Juridico*, verbo — *Probatio* — que foi seguido por Mello Freire, livro 4, titulo 16, § 3; e por Pereirá e Souza, *Processo Civil, nota* 409. Uma escriptura publica, duas testemunhas contestes e dignas de fé, etc., fazem prova plena: a prova semi-plena póde ser feita por uma só testemunha, digna de fé, que deponha compridamente do caso; por confissão feita pela parte fóra do juizo; por escriptura privada justificada por comparação de letra, ou por qualquer outro modo legal. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, *principio*.

(233) Esta divisão de prova em directa e indirecta ou circumstancial, feita pelo citado Bentham, é synonyma daquella que Mello Freire, Pereira e Souza e outros denominão artificial e inartificial: preferi aquella denominação por me parecer mais clara e mais apro-

§ 380.

Prova litteral é a que resulta de autos ou escriptos; vocal ou testemunhal é a que se faz por depoimento de testemunhas. *Pothier, Tratado das Obrigações, tomo* 2, *parte* 4, *capitulos* 1 *e* 2; *Primeiras Linhas, nota* 411 (234).

§ 381.

Prova judicial é a que se faz em juizo; extrajudicial a que se faz fóra delle. *Primeiras Linhas, nota* 408.

§ 382.

Quem allega um facto do qual quer deduzir direito deve prova-lo. *Primeiras Linhas,* § 195.

---

priada. A confissão, os documentos, as testemunhas, são provas directas: as presumpções são indirectas. Todas as provas reaes são circumstanciaes ou indirectas.

(234) Não fiz aqui menção da prova muda, porque é a mesma indirecta e por não ser adequada a denominação, como observa Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 411.

§ 383.

Pelo que respeita á negativa, é mister distinguir tres especies; a de facto, a de direito e a de qualidade. *Merlin*, *Répertoire de Jurisprudence*, verbo *Preuve*, Sect. 1.ª, n.º 1.

§ 384.

A negativa de facto não póde provar-se. *Ordenação*, *Livro* 3, *titulo* 53, § 10.

§ 385.

A negativa de direito, isto é, a proposição pela qual se nega a legalidade de um acto, deve provar-se. Lei 5, § 1; Digesto, *de Probatione*; Merlin, dito.

§ 386.

A negativa de qualidade, ou a proposição pela qual

se nega que uma cousa ou pessoa tem tal qualidade, póde provar-se. *Merlin, dito* (235).

§ 387.

Toda a negativa que se resolve em affirmativa, ou que é revestida de circumstancias affirmativas, admitte provas. *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 53, § 10 (236).

§ 388.

O autor deve provar o facto ou factos que servem de base á sua acção, excepto quando affirma em presumpção de direito. *Primeiras Linhas*, § 196.

§ 389.

O réo deve provar os factos em que firma a sua defesa, excepto:

---

(235) Se eu nego que Pedro esteja no uso de suas faculdades intellectuaes, devo provar esta negativa, que se resolve na affirmativa de que elle está demente.

(236) Quando nego a obrigação que se diz por mim contrahida em tal dia, pois que nesse eu estava em outra parte designada mui distante, devo provar a circumstancia da negativa, que se resolve em affirmativa.

1.° Quando contesta por negação geral. *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 53, § 10;

2.° Quando o autor não verifica o fundamento da sua acção. *Merlin, dito, n.* 2 (237).

BIBLIOTHECA DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

§ 390.

O que possue uma cousa não é obrigado a provar que ella lhe pertence; e se reputa senhor emquanto se lhe não prova o contrario. *Merlin, dito, n.°* 3; *Segundas Linhas, nota* 523, *n.°* 10.

§ 391.

O que allega materia de direito não carece prova-la, excepto:

1.° Se o direito fôr singular, municipal ou consuetudinario; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 53, § 8;

2.° Se fôr estrangeiro; § 9.

3.° Se não estiver incorporado nas collecções da Legislação, em cujo caso se deve juntar certidão; *Segundas Linhas, nota* 417, *n.°* 3.

---

(237) Se a prova incumbe ao autor respeito á sua acção, é claro que, se a não prova, o réo deve ser absolvido. — *Actore non probante, qui convenitur, et si nihil ipse præstet, obtinebit.* — Lei 4, in fine. Codigo *de Edendo.*

§ 392.

A prova é o pharol que deve guiar o juiz nas suas decisões, ainda que sua consciencia lhe dicte outra cousa ou saiba ser a verdade em contrario. *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 63, *principio*; *titulo* 66, *principio.*

## TITULO I.

### Da Confissão em geral e suas especies.

§ 393.

Confissão é o reconhecimento que faz uma parte da verdade de um facto ou de uma convenção. *Dictionnaire Raisonné de Droit*, verbo *Aveu.*

§ 394.

A confissão refere-se sempre a um facto ou conven-

ção anterior; e por isso não é o facto da confissão que forma a obrigação. *Dictionnaire dito*, § 1, n.° 1.

§ 395.

A confissão livre e reflectida, isenta de erro e sorpresa, é a melhor das provas, *probatio probatissima*. *Dictionnaire dito*, *n.°* 3.

§ 396.

A confissão se identifica com o consentimento, que é a base das convenções, e por isso não é valida se é feita com erro, dolo ou violencia. *Dictionnaire dito*, *n.* 4; *Pothier*, *tomo* 2, *n.°* 795.

§ 397.

A confissão só é valida sendo feita por quem seja capaz de se obrigar, e que tem a administração de seus bens. *Pothier dito*, *n.°* 798; *Primeiras Linhas*, *nota* 340.

§ 398.

A confissão só constitue prova contra quem a faz, contra seus herdeiros ou successores; *Pothier, n.º* 799; porém a estes não prejudica a confissão posterior ao acto da successão. *Primeiras Linhas, nota* 447.

§ 399.

A confissão, sendo acto nocivo, não póde ser feita por procurador sem poderes especiaes.

§ 400.

A confissão se divide em judicial e extrajudicial; em expressa e tacita; e em simples e qualificada. *Primeiras Linhas*, § 204.

## ARTIGO I.

### Da Confissão judicial.

§ 401.

Confissão judicial é a que a parte faz perante o juiz competente (238).

§ 402.

A confissão judicial póde ser feita ou por termo nos autos, ou por depoimento; ou em artigos assignados pela parte, ou por procurador com poderes especiaes.

§ 403.

O termo de confissão deve ser assignado pela parte

(238) Se o juiz não é competente, o acto não se póde considerar judicial, salvo se a jurisdicção fôr prorogavel; mas naquella hypothese vale a confissão como extrajudicial. *Segundas Linhas*, *nota* 360, *n.º* 3.

e pelo juiz, ou feito de mandado delle. *Ordenação, livro* 1, *titulo* 24, § 19 e 20; *titulo* 79, § 5 (239).

§ 404.

A confissão assim feita faz prova plena, e o juiz deve condemnar a parte confitente, não por sentença, mas por mandado de solvendo. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 66, § 9; *Primeiras Linhas, nota* 444.

§ 405.

A confissão por depoimento é a que a parte faz em acto de juramento aos artigos desta, reconhecendo a verdade delles; e ella prova plenamente contra o confitente, e não a favor. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 53, § 9. *Vide infra, titulo* 5, *deste capitulo.*

§ 406.

A confissão em artigos só póde fazer prova se o

(239) O escrivão deve declarar em como conhece a parte confitente; e não a conhecendo, deve fazer intervir duas testemunhas que a conhecção e que sejão delle conhecidas. *Argumento da Ordenação, livro* 1, *titulo* 78, § 4. Se assim se não praticar, podem haver immensas fraudes.

Advogado apresenta as informações escriptas e assignadas pela parte ou por procurador bastante; *Ordenação, livro* 1, *titulo* 48, § 15; ou se quem a faz tem poderes especiaes para isso. *Diccionario dito, n.º* 34 (240).

## ARTIGO II.

### Da Confissão extrajudicial.

### § 407.

Confissão extrajudicial é a que se faz fóra de juizo, ou em conversa ou por cartas missivas, ou que

---

(240) Se a confissão feita em artigos constituisse indistinctamente prova perfeita, estaria nas mãos de um advogado ou procurador, inadvertido ou corrupto, causar os maiores damnos a seus constituintes; e além disso, seria mister sustentar o absurdo de que o procurador póde obrar validamente além dos poderes dados na procuração, o que é diametralmente opposto ás leis do mandato. A confissão é um acto prejudicial que exige, quando feita por procurador, poderes especiaes; e se era nullo um termo della assignado por quem não tivesse os poderes necessarios, como poderá ser valida a feita em artigos sem esses poderes? A doutrina de Pereira e Souza, na nota 442, é justamente combatida por Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 331 e 442. As confissões feitas em allegações de direito de nada valem. *Corrêa Telles, Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.º* 926.

se acha evidentemente em qualquer titulo que não tem sido feito de proposito para isso. *Pothier, Traité des Obligations,* tomo 2, n.° 796 (241).

§ 408.

Todo o acto escripto, que contém uma confissão, faz fé contra aquelle que o subscreveu livremente, ainda que não fosse feito para prova do facto confessado, *Diccionario dito,* § 2, *n.°* 9 (242).

§ 409.

Quando a confissão é feita ao proprio credor, ella faz prova da divida, se exprime a causa desta. *Pothier,* tomo 2, n.° 796.

---

(241) Não se trata aqui da confissão que as partes fazem de suas obrigações no instrumento de contracto donde ellas nascem; neste caso, o acto pertence ás provas literaes e fazem prova plena. *Pothier dito, Diccionario dito,* § 2, *n.°* 7.

(242) V. g., quando o devedor dirige uma carta ao seu credor pela qual lhe pede espera para pagar a quantia de 100$000 rs. que lhe deve: esta confissão, verificada a carta, faz perfeita prova da divida.

§ 410.

O mesmo succede quando é feita a pessoa que representa o credor, como tutor, curador, procurador, etc., *Pothier, dito.*

§ 411.

Quando é feita a um terceiro, sem ser na presença do credor, apenas constitue uma prova imperfeita, salvo quando é feita por descargo de consciencia. *Pothier dito* (243).

§ 412.

Por mais categorica que seja a confissão extrajudicial, ella entre nós apenas faz meia prova; devendo completar-se com o juramento suppletorio verificados os requisitos delle. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52 (244).

---

(243) Este grande escriptor aponta o caso do doente que chama duas testemunhas, ás quaes declara que me deve tal somma, que eu lhe emprestei sem escripto.

(244) Pereira e Souza, na nota 440, diz que a confissão extrajudicial, feita perante as partes, prova plenamente; mas a Ordenação,

§ 413.

Não se attende á confissão extrajudicial, nem se deve admittir prova a ella, quando versa sobre objecto de quantia excessiva á taxa da Lei e que carece de escriptura publica para prova. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 59; *Corrêa Telles, Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.º* 929.

§ 414.

A mesma força que a confissão tem para provar as obrigações tem para provar a desoneração; *Pothier dito, n.º* 798.

§ 415.

O que se basêa na confissão deve prova-la, ou por escripto ou por testemunhas (245).

---

livro 4, titulo 18, falla de um caso especial, e por isso constitue excepção, que firma a regra da Ordenação, livro 3, titulo 52; a doutrina é boa, e sustentada por grandes jurisconsultos; mas cumpre não ir contra a lei.

(245) Quando provada por testemunhas, devem estas, pelo menos, ser duas conformes: uma só, por mais concludente que

## ARTIGO III.

### Da Confissão expressa e tacita.

§ 416.

Confissão expressa é aquella que expressamente se faz por palavras ou por escripto; a tacita, que tambem se chama ficta, é aquella que se deduz de algum facto. *Primeiras Linhas, nota* 427.

§ 417.

Aquelle que, sendo chamado para depôr, não comparece, reputa-se confesso; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 53, § 13; e esta confissão é tacita, mas legal.

§ 418.

O pagamento que qualquer faz de uma divida envolve a confissão tacita da existencia anterior da mes-

---

seja, não póde provar a confissão; apenas poderá servir de adminiculo a outras provas.

ma divida: desta fórma, se depois quizer repetir o que pagou, incumbe-lhe provar o erro da confissão. *Pothier dito, n.º* 800; *Diccionario dito, n.º* 24 e 25 (246).

§ 419.

A falta de contradicção á asserção da parte nunca póde ser considerada como confissão tacita (247).

---

(246) Se porém, propondo a acção, o réo nega o pagamento que lhe foi feito, e este se vem a provar, incumbe então ao credor provar a existencia da divida; porque a presumpção contra a verdade da divida que resulta da negação do pagamento destroe a presumpção da verdade della, que resultava do pagamento. *Pothier, no lugar citado.*

(247) Nunca pude conformar-me com a doutrina contraria de Pereira e Souza, nota 427, já anathematisada por Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 427. Se fosse possivel admittir o absurdo de que aquelle que não nega confessa, tambem se podia estabelecer o outro, de que aquelle que não confessa nega: elles se destroem mutuamente. O que guarda silencio nem confessa nem nega. *Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare. Lei* 142, *Decreto de Regulamento Juridico; Dictionnaire Général dito n.º* 40; *Merlin, Questions de Droit,* verbo *Faux,* § 6.

## ARTIGO IV.

### Da Confissão simples e qualificada.

§ 420.

Confissão simples é aquella que se faz puramente, sem annexão de qualidade; a qualificada é a que se faz annexando-lhe alguma qualidade, que lhe destróe ou modifica o effeito (248).

§ 421.

A qualidade nunca se póde desannexar da confissão a que foi adjecta; nem póde aceitar-se em parte e rejeitar-se em outra. *Ordenação, livro* 4, *titulo* 52 (249).

---

(248) Se eu confesso dever 200$000 rs. a Pedro, temos uma confissão simples; se eu confesso que lhe devi, mas que lhe paguei toda ou parte dessa quantia, temos uma confissão qualificada.

(249) Alguns tem querido sustentar que esta Ordenação, fallando do juramento decisorio, não se deve applicar ás confissões feitas por depoimento, juramento *in litem*, etc.; porém esta doutrina não só é irracionavel, mas perigosa, porque constitue o confitente na necessidade, ou de soffrer o damno emanado da sua confissão, ou

§ 422.

Quando a confissão tem diversos artigos sobre objectos separados, não se póde dividir a qualidade annexa a cada um delles; mas podem dividir-se uns dos outros, para se aceitar a confissão quanto a estes, e não quanto áquelles (250).

§ 423.

Tambem quando a confissão é feita em diversos actos, ainda que respeitantes ao mesmo objecto, póde approvar-se um e não outro; porque neste caso dão-se duas confissões. *Diccionario dito, n.° 49.*

---

de ser perjuro: demais, se eu não tenho outra prova da tua obrigação contrahida na boa fé, além da tua confissão, como poderei aproveitar-me della e repellir a qualidade annexa que contém a tua exoneração? O principio mais solido é que a confissão qualificada nunca se deve scindir. *Pothier dito, n.° 794, Almeida e Souza, Supplemento ás Segundas Linhas, Tratado* 10.

(250) Bem se alcança que neste caso não temos uma excepção á regra, como suppôz Pereira e Souza na nota 429; pois que aqui não se dá uma confissão qualificada, mas diversas confissões: a segunda excepção que elle estabelece tambem não tem cabimento, attentas as razões da nota antecedente.

§ 424.

Para que a qualidade seja inseparavel, é necessario que ella tenha connexão e relação com o facto objecto da confissão; se respeita a factos estranhos, então separa-se. *Diccionario dito, n.º* 52 (251).

ARTIGO V.

Da confissão em depoimento.

§ 425.

Depoimento é a declaração jurada que uma parte faz, respondendo em juizo aos artigos da contraria.

---

(251) *V. g.* Pedro confessa que João depositou em sua mão a quantia de 500$000 rs.; mas que depois lh'os entregou: esta qualidade tem relação com o objecto principal, e por isso não deve separar-se; porém se elle confessando o deposito diz que tambem João lhe deve outra igual quantia por emprestimo, então temos factos diversos; a confissão prova o deposito, e separa-se a defesa, incumbindo á Pedro a prova de que João lhe deve.

§ 426.

Tanto o autor como o réo póde requerer o depoimento do seu contrario; quanto este confessar faz prova perfeita contra elle; e quanto disser a seu favor de nada vale. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 53, § 9; *Primeiras Linhas, nota* 443 (252).

§ 427.

O depoimento não contém segredo; por isso se torna desde logo patente; e é um acto judicial que deve ficar junto aos autos, e não entregar-se á parte. *Primeiras Linhas, dito* (253).

---

(252) Depois que os juizes se considerárão dispensados de observar a salutar disposição da Ordenação, livro 3, titulo 20, § 4, e titulo 32, principio, é muito interessante não omittir a requisição do depoimento: só com o auxilio delle tenho vencido muitas causas, que á mingoa de provas caducarião. Cumpre aqui notar que são applicaveis ás confissões do depoente as doutrinas que expendemos sobre a confissão qualificada para não se poder dividir a qualidade. *Pothier, Tratado das Obrigações, tomo* 2, *n.º* 822. *Vide nota* 249.

(253) A censura feita por Almeida e Souza a Pereira e Souza, por sustentar que o depoimento se não deve entregar á parte é injusta: as palavras da Ordenação, livro 3, titulo 54, principio, que elle transcreve—*que lhe seja dado vista do depoimento para ver se é delle contente*— não provão o que elle pretende; antes o contrario, pois que o dar vista é cousa mui distincta de uma absoluta entrega.

## § 428.

Para que a parte seja obrigada a depôr, é necessario que os artigos sejão feitos em fórma legal; e para isso devem ter os requisitos seguintes:

1.° Que sejão feitos sobre cousa certa; excepto se a incerteza respeita á pessoa do depoente. *Ordenação dita, principio* (254).

2.° Que sejão pertencentes ao feito, ao menos presumptivamente; ou que tenhão connexão com outros pertencentes. §§ 2, 3 e 4.

3.° Que não sejão contrarios, nem dependentes dos anteriormente negados. §§ 5 e 6.

4.° Que sejão consistentes em materia de facto, e não de direito, salvo sendo direito consuetudinario ou municipal ou estrangeiro. §§ 7, 8 e 9.

5.° Que não sejão meramente negativos; excepto se a negativa é coarctada a certo tempo ou lugar, ou se se resolve em affirmativa. § 10.

6.° Que não sejão criminosos; § 11; nem torpes. *Primeiras Linhas, nota dita.*

---

(254) Quando o artigo contém facto alheio antigo ou intrincado, póde o depoente requerer tempo razoavel para deliberar; *Ordenação citada,* § 1. O mesmo é quando pede copia dos artigos (que se não deve negar) e tempo para deliberar. *Segundas Linhas, nota* 443, *n.°* 2.

§ 429.

Não podem ser obrigados a depôr os que para isso não tem capacidade, como o impubere, o demente, o furioso, etc.; nem seu tutor ou curador. *Segundas Linhas, nota* 443, *n.º* 4.

§ 430.

O pubere menor póde depôr com autoridade do Juiz e assistencia do tutor ou curador. *Primeiras Linhas, nota dita.*

§ 431.

O demandado que chama outro á autoria, se este a aceita, não é obrigado a depôr. *Segundas Linhas, nota dita, n.º* 7.

§ 432.

O cedente é obrigado a depôr, se aquelle contra quem o cessionario intenta a acção assim o requer (255).

---

(255) A opinião contraria de Pereira e Souza não se amolda á

§ 433.

O depoimento deve prestar-se depois da lide contestada, dentro da dilação, ou antes della começar. *Ordenação livro* 3, *titulo* 53, § 13, *e titulo* 54, *principio.*

Depois disso, só tem lugar:

1.° Se fôr requerido dentro da dilação;

2.° Se fôr ordenado por officio do Juiz. *Primeiras Linhas, nota dita.*

§ 434.

A dilação não corre, se a parte assim o requer, emquanto a outra não depõe. *Ordenação livro* 3, *titulo* 54, *principio*; *Silva, dito, n.°* 44.

§ 435.

Ainda antes da lide contestada tem lugar o de-

---

razão: se ella vingasse, o credor que temesse os resultados de um depoimento, sem duvida se preveniria com uma cessão anticipada e ficticia; e assim privaria ao seu contrario de recorrer a uma tal prova, que a lei lhe outorga: é pois mais judiciosa a doutrina de Olea, *de Cess. Jur.*, transcripto por Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 443, *n.°* 9.

poimento *ad perpetuam rei memoriam*, se o que ha de depôr é muito velho ou está doente ou para se ausentar. *Nota dita* (256).

§ 436.

Na mesma causa não póde a parte ser obrigada a depôr mais que uma vez; salvo se depois das inquirições ella fosse novamente informada do facto deduzido nos artigos. *Ordenação citada*, § 12; *Assento de* 22 *de Maio de* 1783 (257).

§ 437.

Nas causas sobre moveis não podem ser obrigados a depôr conjunctamente marido e mulher; salvo dividindo os artigos para um depôr a uns, outra a

(256) Se o depoente não póde ir a juizo por impossibilidade, póde requerer para se lhe tirar o depoimento em sua casa; o mesmo se pratica quando é nobre.

(257) Pereira e Souza estabelece outra excepção que vem a ser: se os artigos fôrem outros e relativos a factos diversos; isto só se poderá verificar quando o depoimento fosse tirado *ad perpetuam rei memoriam* sem que todos os artigos estivessem deduzidos; ou, nocaso de embargos recebidos, por conterem materia nova.

outros: nos bens de raiz milita o contrario. *Primeiras Linhas, nota dita* (258).

§ 438.

A parte que quer o depoimento da contraria faz um requerimento ao Juiz da causa, em que menciona o estado della, e pede que seja citado o supplicado para no dia e hora que fôr marcado comparecer em juizo a depôr aos artigos deduzidos pelo supplicante, sob pena de ser considerado como confesso; e com pro-

(258) Pereira e Souza diz que a razão consiste em que nas causas sobre moveis a mulher é representada pelo marido, e nas causas sobre bens de raiz ella é parte com o marido e representa a sua propria pessoa; mas poderá o depoimento da mulher prejudicar ao marido ou o deste áquella? Eu distinguiria: ou os factos objecto do depoimento, erão anteriores ao casamento, ou do tempo delle; quando anteriores, a confissão daquelle dos conjuges que nelle interveio deve ser attendida como prova plena, salva a disposição do Livro 4, titulo 95, § 4: e quando posteriores, subdistinguiria, se esses factos erão respeitantes a bens moveis, o depoimento do marido, como representante da mulher, por certo lhe prejudica; o depoimento da mulher, como representada e sem cabeça civil, só poderá prejudicar ao marido quanto aos factos por ella praticados legalmente, como na ausencia, estando autorisada, etc.: e se respeitavão a bens de raiz, assim como um não póde alienar ou fazer contractos sem consentimento do outro, tambem se não podem prejudicar por meio de depoimento.

testo de approvar o depoimento tão sómente na parte util (259).

§ 439.

Feita a citação, deve ella ser accusada na primeira audiencia, afim de poder applicar-se a pena, no caso de revelia ou contumacia.

§ 440.

Se no dia e hora marcada comparece o citado, procede-se ao depoimento; se não comparece, ou se é contumaz não querendo depôr, o escrivão lavra disso certidão, e na segunda audiencia faz-se o lançamento do depoimento; depois do que os autos vão á conclusão para se julgar a cominação por sentença, da qual só cabe aggravo no auto do processo; *Primeiras Linhas, nota dita.*

---

(259) Os juizes devem no despacho marcar o dia e hora, e muitos commettem essa faculdade aos escrivães, que poem uma nota no requerimento com essa designação.

§ 441.

Se o citado manda certidão de doente, deve ser esperado os nove dias; mas estando inteiramente impossibilitado de ir a juizo, deve o juiz e Escrivão ir á casa delle tomar-lhe o depoimento. *Silveira á Ordenação dita;* § 13, *n.*° 2, *e* 34 (260).

§ 442.

Quando o que ha de depôr se acha fóra do municipio, deve expedir-se carta precatoria, dirigida ao respectivo juiz da residencia, indo nella copiados os artigos a que ha de depôr.

§ 443.

A revelia ou contumacia em depôr equivale a uma confissão ficta; e portanto a sentença que julga a pena

(260) O mesmo se pratica com os nobres, *Silveira dito, n.*° 34. A parte e o seu procurador não devem ser vedados de estar presentes ao acto inquiritorio.

não póde prevalecer contra a prova clara da verdade em contrario; *Silveira dito, n.°* 8.

§ 444.

Se a parte que deve depôr morre antes de julgada a pena de confessa, esta não passa a seus herdeiros. *Ordenação dita,* § 13; *Digesto Portuguez, tomo* 1, n.° 936.

§ 445.

Depois do lançamento, e antes do julgamento da pena, considera-se o caso *re integra,* e póde purgar-se a móra; *Silveira dito, n.°* 11; assim como havendo legitimo impedimento, *n.°* 15.

## TITULO II.

### Dos documentos: prova litteral.

§ 446.

Prova litteral é aquella que resulta de escriptos; *Pothier, Tratado das Obrigações,* tomo 2, n.° 291; *Diction-*

*naire de Droit Civil,* verbo *Preuve,* § 2, n.° 10. A todo o acto escripto se dá o nome de documento; *Ferreira Borges, Diccionario.*

§ 447.

Ha varias especies de documentos, a saber:

1.° Authenticos;

2.° Particulares;

3.° Originaes;

4.° Traslados ou copias;

5.° Primordiaes;

6.° Recognitivos ou confirmativos. *Merlin*, verbo *Preuve, secção* 2, § 2.

ARTIGO. I.

Dos documentos authenticos e casos em que se fazem necessarios para prova dos contractos.

§ 448.

Documentos authenticos são os escriptos por official publico com as solemnidades legaes; *Pothier dito,*

*n.º* 692; *Primeiras Linhas, nota* 450. A estes se dá o nome de instrumentos.

§ 449.

Deve o instrumento ser feito no territorio onde o official tem o caracter publico; aliás deixa de ser authentico. *Pothier dito; Primeiras Linhas, nota* 455.

§ 450.

Tambem deixa de ser authentico:

1.º Se é feito por official falso (261);

2.º Se nelle são preteridas as formalidades legaes (262).

---

(261) O official falso, que é aquelle que se arroga um officio que não tem, não póde imprimir em seus actos authenticidade que deve nascer do caracter publico: todavia o que faz o official putativo se sustenta por equidade. *Mello Freire, livro* 3, *titulo* 5, § 11, *nota*; *Primeiras Linhas, nota* 453 *e* 455. O contrario diz Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 189 *e* 450.

(262) Em todo o instrumento se deve declarar o anno, o mez, o dia e o lugar em que foi feito; e deve conter a assignatura do tabellião ou escrivão, das partes e das testemunhas; e quando as partes não sabem escrever, assigna por ellas uma terceira pessoa: o tabellião deve dar fé de conhecer as partes, ou, não as conhecendo, desconhecer as testemunhas, e estas aquellas. As escrip-

§ 451.

O instrumento que deixa se ser authentico vale como escripto particular, se está assignado pelas partes. *Codigo Civil dos Francezes, artigo* 1318; *Dictionnaire de Droit dito*, verbo *Acte*, § 2, *n.*° 32; *Primeiras Linhas*, *nota* 445.

§ 452.

Emquanto as partes não assignão o instrumento, não se reputa approvado o contracto e tem lugar o arrependimento. *Ordenação, Livro* 1, *titulo* 78, § 4; *Livro* 4, *titulo* 19 (263).

---

turas devem ser feitas no livro de notas. *Vide Ordenação, livro* 1, *titulo* 24, § 16 *e* 36, *titulo* 79, § 4 *e* 5, *e titulo* 80, § 7; *Primeiras Linhas, nota* 458; *Segundus Linhas, nota* 458.

(263) Esta regra milita no caso de ser a escriptura da essencia do contracto; *Ordenação dita, titulo* 19, *principio*; ou no caso em que as partes expressamente declarão que é sua vontade que o contracto não valha sem escriptura; § 1.° Fóra destes casos, se a parte confessa o ajuste, é obrigada a fazer a escriptura; e se nega, e o contracto carecia de escriptura para prova, não se admitte prova testemunhal; e apenas se póde deixar no juramento della a decisão da questão, § 2.

§ 453.

Os instrumentos authenticos, sendo originaes, fazem prova perfeita, *Decreto de* 23 *de Junho de* 1759; *Assento de* 25 *de Abril de* 1770, contra os que nelle intervierão, contra seus herdeiros e representantes; *Primeiras Linhas*, § 217; *Merlin dito, artigo* 1, *n.º* 1; e nelles não tem lugar o arbitrio do juiz; *Decreto de* 23 *de Junho e* 14 *de Julho de* 1759.

§ 454.

Mas fazem prova contra elles de tudo que é dispositivo; e do que é enunciativo só quando as enunciações tem relação com a disposição; mas não quando são estranhas ao objecto. *Pothier dito, n.º* 697 *e seguintes* (264).

---

(264) Pedro vende a Antonio umas casas que já antes lhe havia arrendado, e as rendas estão pagas, cuja casa herdou de Manoel: a venda da casa é o dispositivo do contracto: a declaração de estarem pagas as rendas do arrendamento é a enunciativa, que tem relação com a disposição: a declaração de que a casa foi herdada de Manoel é a enunciativa estranha, da qual algum outro que se intitule co-herdeiro de Manoel não se póde servir contra Antonio, a não ser ajudado de outras provas.

§ 455.

Os instrumentos contra terceiro apenas provão *rem ipsam*, isto é, que houve o contracto que nelle se menciona; mas nada mais. *Pothier*, *n.°* 700; *Primeiras Linhas*, *nota* 468.

§ 456.

Se o instrumento é feito em outro municipio, e não ha certeza da sua veracidade, deve ser legalisado, *Dictionnaire dito*, *n.°* 4; isto se costuma fazer reconhecendo um Tabellião do Municipio a firma do que fez o instrumento; e se foi feito fóra do Imperio, deve vir reconhecido pelo Consul Brasileiro e sellado com as Armas Imperiaes; *Regulamento de* 14 *de Abril de* 1834, *artigo* 79 (265).

---

(265) Nos lugares onde não ha consul Brasileiro ou quem suas vezes faça, deve o reconhecimento ser feito por dous negociantes Brasileiros ahi residentes: não os havendo, por dous negociantes do proprio paiz; e as assignaturas tanto de uns como de outros serão reconhecidas pela autoridade local a quem competir; *Regulamento de* 22 *de Junho de* 1836, *artigo* 151, cuja disposição, supposta especial, se deve applicar a todos os casos identicos. Tambem se costuma fazer o reconhecimento pelo consul respectivo da nação donde vem o documento; mas isso só se deve admittir nas hypothese desta nota, e de fórma nenhuma nas do artigo.

§ 457.

Se o instrumento se refere a outro, não faz prova sem que appareça o referido; excepto:

1.° Se este é incorporado no segundo perante a parte;

2.° Se foi feito pelo mesmo Tabellião que fez o segundo, e assim o declarar neste; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 60, *principio.*

§ 458.

O instrumento póde ser arguido de falso ou de nullo; mas emquanto não é julgado tal, faz fé e deve ser observado: *Dictionnaire dito, n.°* 74 *e* 93; salvo quando a nullidade é manifesta, ou porque é contrario á Lei, ou porque visivelmente lhe faltão as solemnidades necessarias; *Primeiras Linhas, nota* 465 (266).

---

(266) Quando a falsidade é opposta por artigos em qualquer causa, suspende-se o curso della emquanto aquelles se disputão; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 33; *Almeida e Souza, Acções Summarias,* § 337. A nullidade carece ser disputada por acção ou reconvenção, quando carece de provas externas e alta discussão; mas não quando é visivel, ou por falta de solemnidades essenciaes no instrumento, ou por contrario á lei: assim, o instrumento em que falta, *v. g.*,

§ 459.

O instrumento que se faz suspeito de falsidade (267) não merece fé, salvo sendo corroborado pelas testemunhas nelle contheudas; ou, sendo ellas mortas, por outras dignas de fé, ou por escripturas publicas; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 60, § 3.

§ 460.

Se a falsidade é em parte, e não affecta o todo do contracto, não annulla as outras disposições; *Dictionnaire dito, n.°* 68 (268).

---

a assignatura das partes ou das testemunhas necessarias, etc.; o instrumento de doação excessiva á taxa da lei e sem insinuação; o de venda de bens de raiz sem conhecimento da siza; o de alienação de dominio util sem autorisação do senhorio directo, e outros taes, não carecem ser annullados, e basta a sua visivel nullidade para não serem attendidos em juizo.

(267) A Ordenação, livro 3, titulo 63, § 3, menciona as causas que fazem nascer a suspeita. *Vide Primeiras Linhas, nota* 474.

(268) Esta doutrina é sãa e judiciosa: a falsidade póde apparecer em parte que não affecte o todo ou o essencial do contracto; e seria contrasenso que a parte dominasse o todo. Supponhamos que no instrumento se diz que Pedro se obriga a Paulo pela quantia de um conto de réis que lhe deve de compra de fazendas; e bem

§ 461.

A suspeita da falsidade recahe em quem interessa nella; *Segundas Linhas, nota* 474; *n.º* 18 (269).

§ 462.

São considerados instrumentos publicos os seguintes:

1.º Os actos judiciaes; *Ordenação, Livro* 1, *titulo* 24, § 21; *titulo* 79, §§ 5 *e* 14; *Livro* 4, *titulo* 96 § 18.

2.º As certidões dos Escrivães tiradas dos autos (270).

---

assim mais de seiscentos mil réis de emprestimo, ao premio de um por °/₀; apparece uma falsificação na segunda quantia, que razão haverá para que se negue credito á primeira? E se a falsificação fôr só na declaração do premio, que razão justa poderá isentar o devedor da condemnação do capital? Esta doutrina até se deduz das palavras da Ordenação, livro 3, titulo 60, § 3 — *em lugar suspeito.*

(269) É necessario porém que o instrumento já venha falsificado da mão do que o produz; pois, se a falsidade apparece no curso da causa, difficil é declarar para onde deva pender a suspeita: se ha motivos para dizer que aquelle tinha interesse em a falsidade, tambem a parte contraria tem interesse em falsificar o instrumento para o tornar suspeito e inacreditavel.

(270) A certidão póde ser ou em theor, contendo qualquer peça do processo de *verbo ad verbum;* ou narrativa, summariando os factos, segundo o que se exige e com referencia ao processo. Cumpre

3.° As escripturas extrahidas da nota do Tabellião; *Ordenação, Livro* 1, *titulo* 78, § 2; *Livro* 3, *titulo* 25, *titulo* 29 *e titulo* 59.

4.° Os livros das Estações Fiscaes; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 59, § 18; *Lei de* 22 *de Dezembro de* 1761, *titulo* 3 (271).

5.° Os instrumentos guardados em archivo publico; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 61 (272).

6.° Os livros ecclesiasticos sómente a respeito dos baptismos, casamentos e obitos; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 25, § 5; *Livro* 5, *titulo* 38, § 4; *Primeiras Linhas*, § 215 (273).

7.° As cartas e alvarás de Mercês Imperiaes, transitadas, selladas com as Armas da Nação e registadas;

---

ter em vista que a certidão tem força de escriptura para provar que o acto está nos autos tal qual ella indica; mas não dá essa força ao mesmo acto, se elle de per si a não tem.

(271) A certidão de siza apenas prova que esse imposto foi pago, mas não basta isso para se dar a compra e venda como realisada; *Segundas Linhas, nota* 459, *n.°* 5.

(272) O mesmo se deve dizer dos guardados em archivos de mosteiros e cathedraes: *Estatutos da Universidade, Livro* 2, *titulo* 6, *capitulo* 3, § 5.°; *Segundas Linhas, nota* 459, *n.°* 6.

(273) Taes assentos apenas provão que taes actos existirão; e não provão factos differentes, que incidentemente nelles se relatem; assim o assento de baptismo não prova a paternidade do filho natural: se o pai assigna, então a prova (não perfeita) nasce da assignatura e não do assento. Pelo que respeita aos livros censuaes das igrejas e conventos, vide *Primeiras Linhas, nota* 464, *e Segundas Linhas, nota* 459, *n.°* 8.

*Ordenação, Livro* 2, *titulo* 38, *titulo* 39, § 4; *titulo* 42; *Alvará do* 1.° *de Agosto de* 1777.

8.° Os instrumentos de approvação de testamentos, feitos com as formalidades das Leis; *Ordenação, Livro* 4, *titulo* 80, § 1; *Assento de* 17 *de Agosto de* 1811 *e de* 10 *de Junho de* 1817.

§ 463.

Só podem ser provados por instrumento publico os contractos que excedem a taxa da Lei, que vem a ser 800$000 rs. nos bens de raiz e 1:200$000 rs. nos moveis; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 59; *Alvará de* 30 *de Outubro de* 1793. Esta regra porém não tem lugar nos casos seguintes:

1.° Nos contractos feitos em paiz estrangeiro, estando conforme as Leis delle; *Ordenação dita*, § 1.

2.° Nos contractos feitos no mar pelo Escrivão de navio, § 2.

3.° Quando a parte confessar a obrigação, § 5; *Ordenação, Livro* 4, *titulo* 19, § 2.

4.° Quando, deixada a prova no juramento da parte contrahente, ella se recusa e o autor jura; *Ordenação dita, titulo* 59, § 5.

5.° Para prova da prescripção, § 9.

6.° Quando a escriptura particular é reconhecida pelo réo, § 10, *titulo* 25, § 9.

7.° Nos emprestimos de roupas, alfaias de casa, bestas, armas e prata para comer nella ou beber por ella, § 16.

8.° Nos contractos feitos entre ascendentes e descendentes, irmãos, primos com irmãos, sobrinho e tios irmãos: e entre sogros, genros e noras durante o matrimonio; *Ordenação dita, titulo* 59, § 11.

9.° Nos contractos commerciaes, § 13, 17 e 19; *Assento de* 23 *de Novembro de* 1769; *Lei de* 20 *de Junho de* 1774, § 42; *Alvará de* 30 *de Outubro de* 1793.

10.° Nos Alvarás ou escriptos feitos por pessoas nobres; *Ordenação dita*, § 15 (274).

11.° Nas cousas entregues a Leiloeiros ou adelas para venderem, e a alfaiates ou outros officiaes para fazerem, § 20.

12.° Nos contractos de casamento quanto á conjuncção do matrimonio, § 21.

13.° Nos quasi contractos, § 22.

14.° Nos contractos simulados, § 25.

15.° Nas quitações passadas pelos criados aos amos; *Ordenação, Livro* 4, *titulo* 33, § 1.

16° Para provar a confissão de divida feita em

---

(274) Não basta, para que taes documentos tenhão força de escriptura publica, que sejão assignados; é necessario que tambem sejão escriptos por proprio punho; salvo quando são feitos por nobres que tem escrivães seus, como os bispos, etc. *Vide nota* 332; *Primeiras Linhas, nota* 472.

escriptura, á qual se oppõe a excepção *non numeratæ pecuniæ; Ordenação, Livro* 4, *titulo* 51, § 7.

17.° Nas letras de cambio, de risco e da terra, que tem força de escriptura publica. *Lei de* 20 *de Junho de* 1774, § 41; *Alvará de* 15 *de Maio de* 1776; e *Alvará de* 16 *de Janeiro de* 1793.

18.° Para provar a liquidação do facto principal, provado por escriptura publica; *Primeiras Linhas, nota* 472.

19.° Para prova do instrumento perdido; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 60, § 6.

§ 464.

Quando o contracto foi feito por escriptura publica, ainda que não exceda a taxa da Lei, o distracto tambem se não póde provar senão por outra; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 59, §§ 3 *e* 11. Exceptua-se:

1.° O pagamento de pensão, fôro, censo, alugueis ou arrendamentos; § 14.

2.° O pagamento de sizas, tributos e direitos; § 18.

3.° Quando a quitação se acha escripta pelo credor nas costas da escriptura original, e esta em poder do devedor. *Almeida Souza, nota a Mello, Livro* 1, *titulo* 8, § 8, *n.°* 30; *Corrêa Telles, Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 300, 301 *e* 1112.

4.° Quando o distracto tem lugar entre os afins

que a lei menciona, se a afinidade foi posterior ao contracto; *Silveira á Ordenação, Livro* 3, *titulo* 59, *n.*° 21.

§ 465.

O credor de quantia excessiva á taxa da Lei não póde restringir o seu pedido a menor quantia, para dispensar-se a prova por escriptura; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 59, § 24.

§ 466.

Nem tambem o herdeiro, ainda que a sua quota seja menor, se a totalidade da divida é excessiva; *Digesto dito, n.*° 304.

§ 467.

Quando as disposições do instrumento são entre si contradictorias e não se podem reconciliar, ainda que authentico seja, não merece fé; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 60, § 7.

§ 468.

Tambem não merecem fé os instrumentos contradic-

torios, que uma parte offerece; e se fôrem offerecidos um por uma parte, outro por outra, preferirá o que fôr feito por Tabellião mais acreditado, e que tenha testemunhas mais qualificadas e dignas de fé; *Ordenação dita.*

## ARTIGO II.

### Dos escriptos particulares.

§ 469.

Escripto particular é aquelle que é passado sem intervenção de official publico; *Dictionnaire Général de Droit,* verbo *Acte sous seing privé.*

§ 470.

Ha varias especies de escriptos particulares, a saber:
1.° Os que são assignados com assignatura particular;
2.° Os tirados de archivo publico (275);

(275) Não temos esses archivos, nem entre nós se praticão esses depositos que forão de tanto uso entre os Romanos, e que davão fé aos escriptos particulares lá depositados. Vide *Pothier, Traité des Obligations, n.° 711; Dictionnaire dito,* § 2, *a n.° 33.*

3.° Os livros de cobranças de foros e pensões;

4.° Os livros de mercadores;

5.° Os papeis domesticos;

6.° Os escriptos ou notas não assignadas;

7.° As cartas missivas. *Pothier, Traité des Obligations*, tomo 2, n.° 703; *Merlin*, verbo *Preuve, sect.* 2, § 2; *antigo* 2, *n.°* 1 (276).

§ 471.

O assignado particular em regra prova contra, e não a favor de quem o escreveu e assignou; *Primeiras Linhas*, § 218.

§ 472.

O escripto assignado, logo que é reconhecido quanto ao signal e obrigação por quem o assignou, tem a mesma fé que um authentico; *Livro* 3, *titulo* 25, § 9; *titulo* 59, § 10. *Merlin dito*, n.° 3 (277).

---

(276) Tambem mencionão as talhas, que entre nós pouco ou nenhum uso tem.

(277) Se o devedor só reconhece o signal e nega a obrigação, tendo esta sido escripta por outro, já o reconhecimento não tem a mesma força: *Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 1012.

§ 473.

Não sendo reconhecido pela parte, só constitue meia prova, sendo verificado ou por testemunhas ou por exame; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 52, *principio* (278).

§ 474.

O reconhecimento póde ser ficto, o que succede quando o citado pessoalmente para reconhecer seu signal e obrigação, com a pena de ser havida por reconhecida, se torna revel e deixa julgar a pena;

---

(278) Se as testemunhas forão presenciaes, que o virão escrever e assignar, então temos prova perfeita; *Digesto dito. n.º* 1016; mas se apenas jurão pelo conhecimento que tem da letra, sem o verem escrever, apenas fazem meia prova, n.º 1017. O exame feito por peritos tambem só constitue meia prova; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, *principio*: os peritos devem ser nomeados e escolhidos a aprazimento das partes; *Digesto dito, n.º* 1019. De ordinario os juizes são os que os nomeião, talvez porque assim o diz *Pereira e Souza, Processo Civil, nota* 469; mas essa pratica é insustentavel á vista da *Ordenação, livro* 3, *titulo* 17. O simples reconhecimento de tabellião pouca força tem; porque, estando elle muito abaixo do exame por comparação de letra, este apenas produz meia prova; e bem reflectida foi a lei, porque a experiencia mostra a fallibilidade de taes reconhecimentos.

este reconhecimento tem a mesma força que o verdadeiro; *Digesto Portuguez, parte* 1, *n.°* 1013.

§ 475.

Se o escripto é achado em poder de quem o assignou, ou seja obrigatorio ou liberatorio, não faz prova alguma; *Pothier dito, n.°* 710; *Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 1020.

§ 476.

Aquelle que produz em juizo um escripto particular sem protesto de o reconhecer em parte é visto reconheçê-lo no todo; *Primeiras Linhas, nota* 470; *Diccionario dito,* § 4, *n.°* 46.

§ 477.

O reconhecimento feito por um co-herdeiro não prejudica aos outros; *Diccionario dito,* § 4, *n.°* 49.

§ 478.

Os escriptos particulares apenas provão contra ter-

ceiro *rem ipsam*, isto é, que a causa contida no papel effectivamente se escreveu; *Pothier dito*, *n.*° 711; mais nada provão.

§ 479.

Os escriptos particulares reputão-se sem data a respeito de terceiros prejudicados; porém considerão-se datados desde o momento que a seu respeito se pratica ou succede um acto de fé irrecusavel, qua é o registo em livro de notas, a apresentação em juizo, o pagamento do sello, a morte da pessoa que nelle assignou; *Pothier dito*, *n.*° 711; *Digesto dito*, *n.*° 1030 (279).

§ 480.

Os livros de cobranças de foros, censos e pensões

(279) Este principio é de uma evidencia palpavel; e se acha adoptado no Codigo Civil dos Francezes, artigo 1328; e no Codigo Commercial Portuguez, artigo 947. A prova da data não póde resultar nem da existencia de publica fórma, coeva com a que nelle se menciona, nem com o reconhecimento de tabellião; pois tudo isso tambem póde ser antedatado, e oxalá não houvessem immensos exemplos. Direi que o sello só póde provar a data se fôr da natureza daquelle que apenas se consegue posteriormente; mas pouco prova nos casos em que se alcança em papel branco.

não provão a favor dos senhorios, nem podem fundamentar demanda contra os foreiros e censuarios; mas se fôrem antigas e uniformes, fazem meia prova; *Pothier dito, n.º* 713; *Merlin dito, n.º* 4.

§ 481.

Taes livros fazem prova contra o senhorio; mas quando os foreiros e censuarios basêão nelles a sua prova, não os podem repellir contra si quanto aos factos co-relativos; e neste caso, provão a favor do senhorio; *Pothier, dito, n.º* 714; *Merlin, dito.*

§ 482.

Os livros mercantís escriptos em fórma regular constituem, no que respeita ao commercio, meia prova a favor do negociante. *Pothier, dito, n.º* 715; *Silva Lisboa, parte* 7, *capitulo* 9 (280).

---

(280) Seria tornar difficil ou impossivel o manejo do commercio, se para cada transacção se exigisse prova por obrigação escripta ou por testemunhas presenciaes, com especialidade quando são por natureza multiplicadas: assim, se á prova que resulta dos livros accrescerem outros indicios, *v. g.*, que o devedor tinha costume de comprar fiado na loja desse mercador, será isso bastante para a condemnação, como diz o dito Pothier n.º 716; deve porém essa

§ 483.

Fazem prova perfeita contra os negociantes a quem pertencem, ainda que escriptos por outra mão, como guarda-livros, caixeiro, etc.; mas quem delles se quizer servir para provar seus direitos contra os negociantes, não póde rejeita-los contra si; *Pothier, dito, n.º* 719; *Merlin dito, n.º* 5.

---

prova completar-se com o juramento suppletorio. Sobre esta materia discorre excellentemente Merlin dito, n.º 5, da maneira seguinte: *Nemo propria manu sibi debitorem adscribit.* Esta regra é verdadeira em these geral; porém a lei, o uso, a razão e o bem publico, tendo estabelecido a necessidade de vender e comprar a credito, tornão necessario tambem estabelecer uma excepção aos principios ordinarios, e esta excepção não póde fazer-se senão dando ao livro e ao juramento de um negociante de retalho a força de um titulo. Com effeito é um absurdo pretender que um negociante não possa ter credito sem o fazer constar pela subscripção do comprador, ou por um reconhecimento em notas. Um juiz, um advogado, um homem de letras será obrigado a deixar seu gabinete para ir comprar alguns covados de estofos ou provisões do uso; e lá, depois de esperar que o negociante avie os freguezes chegados primeiro, esperar ainda que escreva em seu livro os artigos fiados, para ahi pôr sua assignatura? Que cidadão honesto quereria submetter-se a uma regularidade tão vexatoria? Demais, que dirá o artista, o operario, que não sabe assignar? Queixoso já pela necessidade em que se acha de comprar a credito, é necessario augmentar sua vergonha e sua miseria fazendo vir testemunhas para se lhe fazerem os fornecimentos em presença dellas, ou envia-lo para casa do tabellião da vizinhança?

§ 484.

Os papeis domesticos, como livros de assentos e lembranças particulares, não fazem prova a favor de quem os escreve. *Pothier, dito, n.º* 720; *Merlin, n.º* 6.

§ 485.

Provão contra se o assento envolve obrigação de quem os escreve, estando assignado; ou em falta da assignatura, se indica que foi feito com intenção de servir de prova, *v. g.* quando declara que o credor não quiz receber clareza. Tambem provão, ainda que não assignado o assento, quando este tende a livrar ou desligar o devedor daquelle que escreve. *Pothier, Merlin, ditos.*

§ 486.

Os escriptos não assignados podêm ser feitos ou em folhas volantes ou em seguida, á margem ou no dorso de qualquer papel assignado: elles tendem ou a obrigar ou a livrar.

§ 487.

Os que são em folhas volantes e tendem a obrigar, ainda que se achem em poder daquelle a favor de quem é a obrigação, nada provão; e se tendem a desobrigar, achando-se em poder do devedor com data, e sendo simples, de fórma que se não possa presumir que forão dados como modelo, fazem prova. *Pothier, n.°* 721, *Merlin, n.°* 7.

§ 488.

Os que são feitos em seguida á margem ou no dorso do titulo, se tendem a obrigar e tem relação com o mesmo titulo, fazem fé contra quem os escreve; mas nenhuma se são escriptos por outra pessoa. *Pothier, n.°* 724: quando não tem relação com o contracto constante do titulo, são equiparados ás folhas avulsas.

§ 489.

Se tendem a desobrigar e se achão em poder do credor, fazem plena prova contra elle, ainda que es-

criptos por outrem (281): se estão em poder do devedor, só fazem prova sendo de letra do credor e não estando riscados. *Pothier, dito; Merlin, dito.*

§ 490.

Carta missiva ou mandadeira é o escripto de correspondencia entre duas pessoas ausentes. *Ferreira Borges, Diccionario* (282).

§ 491.

A confissão ou reconhecimento de divida feito em taes cartas entre negociantes faz plena prova. *Ferreira Borges, dito.*

---

(281) Pothier e Merlin até querem que fação prova no mesmo caso que taes escriptos ou declarações se achem riscadas; isto porém me parece muito duro e pouco razoavel: eu posso fazer essa nota presente o devedor, que vem fazer-me um pagamento parcial; mas occorrem duvidas, e elle não quer pagar; que motivo póde haver para que eu não risque a quitação não assignada?

(282) As cartas de aviso, as cartas de ordens e as cartas de credito tambem são cartas missivas. *Merlin,* verbo *Lettre.* A respeito dellas, vide *Ferreira,* verbo—*Carta.*

§ 492.

Taes cartas entre particulares tem tanta força como os escriptos delles.

§ 493.

A carta em que se pede uma somma não é bastante a provar o emprestimo, salvo quando nella se declara que aquella mesma carta ficará servindo de titulo. *Merlin*, verbo *Lettre, n.º* 5.

§ 494.

Quando as cartas encerrão alguma confidencia, de fórma que seja trahir a boa fé o patentea-las, não merecem consideração, nem devem ser admittidas. *Ferreira, dito; Merlin, dito, n.º* 6.

§ 495.

As cartas que fôrem tiradas do correio ou do poder de portador particular sem autorisação da pessoa a quem

fôrem dirigidas, não podem ser admittidas em juizo. *Codigo Criminal, artigo* 218.

## ARTIGO III.

### Dos documentos originaes e das copias ou traslados.

§ 496.

Documento original é o papel ou pergaminho em que foi escripto a vez primeira o acto ou contracto. Copia é a transcripção fiel desse original (283).

§ 497.

Devem pois considerar-se como originaes os actos ou contractos existentes nos livros das notas, nos protocólos dos escrivães, os lançados nos autos publicos;

---

(283) Esta definição é deduzida da de Bentham, Traité de Preuves, capitulo 6, e com ella de alguma fórma se conforma a de *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 18, § 1.— *Originale, quod primum de negotio conscriptum fuit; et transumptum, ab originali descriptum.*

e todos os escriptos particulares, que não forão copiados de outros (284).

§ 498.

Tambem se chama original (supposto impropriamente) o primeiro instrumento tirado do livro das Notas pelo tabellião ou seu successor. *Almeida e Souza, Direito Domin.*, § 124. *Primeiras Linhas, nota* 452 (285).

§ 499.

Perdido esse primeiro instrumento e jurada a perda, póde passar-se outro. *Lei de* 27 *de Abril de* 1647; *Almeida, dito*, § 125; *Mello, Livro* 4, *titulo* 18, § 10 (286).

---

(284) É mister não confundir documentos originaes com authenticos; pois de uns a outros vai uma distancia immensa: os authenticos fazem prova perfeita, os originaes muitas vezes de nada valem; e por isso é mister attender á sua natureza.

(285) É bem impropria a denominação de *Original* dada a tal instrumento: a razão a repelle, e a mesma lei não lh'a dá. *Ordenação, livro* 1, *titulo* 78, § 19: fôra melhor que se dissera que a primeira copia tirada do livro das notas era authentica; bastava isso a preencher o fim.

(286) Por um abuso os tabelliães passão quantos instrumentos se lhe pedem, sem que as partes jurem a perda dos primeiros, o

§ 500.

Como ao primeiro instrumento extrahido da nota se chama original, chama-se tambem copia a transcripção desse instrumento.

§ 501.

As copias devem ser extrahidas com despacho do Juiz, e devem ser lidas e concertadas perante as partes, se a isso quizerem ser presentes; e quando não fôrem presentes, serão concertadas com outro tabellião. *Ordenação, livro* 1, *titulo* 80, § 15; *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 18, § 8; *Pothier, dito, n.°* 728.

§ 502.

Sendo extrahidas desta fórma, tem tanta força quanta os originaes.

---

que é contrario á citada lei, e de más consequencias, como adverte Almeida e Souza, *Segundas Linhas nota* 452, *n°*. 6.

§ 503.

A copia do instrumento deve ser inteira, e não truncada, pois que na parte não copiada póde haver disposição contraria. *Primeiras Linhas, nota* 466; *Segundas Linhas, nota* 466, n.° 3.

§ 504.

As copias antigas, ainda que destituidas de algumas formalidades, fazem fé. *Primeiras Linhas, nota* 466; *Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 993 (287).

§ 505.

A copia, por mais authentica que seja, sempre cede ao original, se diversifica delle. *Digesto dito, n.°* 1000.

---

(287) Considera-se antiga quando excede a trinta ou quarenta annos. *Digesto dito, n.°* 994; *Segundas Linhas, nota* 466, *n.°* 2.

§ 506.

Se a copia, mesmo authentica, é arguida de falsidade, procede-se a exame no original (288).

§ 507.

Para satisfazer ao preceito da *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 20, §§ 22 e 23, é bastante apresentar uma copia, quando esta não é arguida de falsa; mas a final deve juntar-se o original. *Segundas Linhas, ditàs, n.°* 3.

§ 508.

O traslado de traslado não faz fé em juizo. *Primeiras Linhas*, *nota* 466, salvo sendo antigo; *Segundas Linhas*, *nota* 466.

---

(288) Se a copia é tirada do livro das notas, deve o exame fazer-se na presença do livro, intimando-se o tabellião para o apresentar no acto respectivo. O mesmo succede se é tirada dos autos ou protocolo; mas se o original é titulo particular, deve ser citada a parte para o apresentar.

§ 509.

O traslado em publica fórma sómente tem credito emquanto se não duvída da verdade do original: apparecendo dúvida, deve este apresentar-se para se conferir, e sem isso aquella não tem força alguma; *Corrêa Telles, Manual do Tabellião,* § 281.

§ 510.

A transcripção ou registo de um documento em livro de notas sem citação das partes interessadas não tem força alguma, se não apparece o original. *Corrêa dito, nota* 6; *Pothier, n.* 734; *Merlin,* verbo *Preuve, secção* 2, § 2, *artigo* 3.

ARTIGO IV.

Dos Documentos primordiaes, e dos recognitivos e confirmativos.

§ 511.

Documento primordial é aquelle que encerra a obrigação tal qual foi contrahida, sem alteração alguma.

Recognitivo é o titulo de reconhecimento da obrigação, feito posteriormente a ella, pelos devedores ou seus successores (289).

§ 512.

Os documentos recognitivos, ou relatão o teor do titulo primordial, e se denominão *ex certa scientia:* ou apenas mencionão o principal das disposições do titulo primordial, e se denominão *in forma communi. Pothier, Traité des Obligations, tomo* 2, *n.°* 739; *Merlin,* verbo *Preuve, secção* 2, § 2, *artigo* 4.

§ 513.

Os primeiros, sendo dados por pessoa que tenha a livre disposição de seus direitos, supprem o titulo primordial, e provão a sua existencia: os segundos não produzem taes effeitos; excepto se os actos de reconheci-

(289) Estas definições são substanciadas de Pothier, *Traité des Obligations, tomo* 2°, *n.°* 738; por ellas é facil de ver que documento primordial não é synonymo de original; uma copia exacta é um titulo primordial, e todavia não é original. Uma escriptura de aforamento é um contracto primordial; o reconhecimento posterior do foreiro é um acto recognitivo.

mento são repetidos e conformes por mais de 30 annos. *Code de Napoléon, artigo* 1337; *Pothier, dito; Merlin, dito.*

§ 514.

Os titulos recognitivos não são dispositivos, mas relativos ao titulo primordial; por isso não alterão a obrigação: e quando, apparecendo o titulo primordial, aquelles se achão em opposição, cedem a este, como filhos do erro; *Merlin, dito.* Salvo havendo prescripção a favor do reconhecente; *Pothier, dito, n.º* 741.

§ 515.

O documento de confirmação ou ratificação de um contracto contra o qual podia ter lugar a acção de nullidade ou de rescisão, para ser valido, deve conter:

1.º A substancia da convenção ratificada;

2.º O motivo da acção de nullidade ou rescisão;

3.º A intenção de fazer desapparecer o vicio da nullidade. *Codigo, dito, artigo* 1338; *Pothier, dito, n.º* 741.

§ 516.

A execução voluntaria depois da época em que a obrigação podia ser validamente confirmada ou ratifi-

cada, suppre a falta de ratificação ou confirmação; *Pothier, dito.*

## TITULO III.

### Das Testemunhas e sua classificação.

§ 517.

Testemunha é a pessoa que affirma ou póde affirmar uma cousa que ella vio ou ouvio. *Code de l'Humanité,* verbo *Témoin; Dictionnaire Général de Droit moderne.*

§ 518.

As testemunhas se dividem em instrumentarias e judiciaes, em oculares e auriculares, em referentes e referidas; em idoneas ou defeituosas.

§ 519.

Testemunhas instrumentarias são aquellas que assegurão e confirmão com sua assignatura a verdade e a

fé dos actos. Judiciaes são aquellas que declarão em juizo o que sabem sobre os factos contestados; *Merlin, Répertoire de Jurisprudence*, verbo *Témoin*.

§ 520.

Testemunhas oculares são as que depoem de factos que ellas tem visto. Auriculares, as que depoem de factos que tem ouvido dizer; *Codigo dito* (290).

§ 521.

Testemunhas referentes são aquellas que fazem referencia a outras. Referidas são aquellas a quem as referentes se referem.

§ 522.

Testemunhas idoneas são as que tem as qualidades necessarias para testemunhar, e estão livres de toda a

(290) O mesmo *Code de l'Humanité* considera tambem como testemunhas oculares as que tem ouvido ao proprio individuo de cujo facto se trata; mas é certo que taes testemunhas só se poderáõ considerar como oculares quanto á confissão, mas não quanto ao facto que não virão.

suspeita; e por isso tambem se denominão maiores de toda a excepção. Defeituosas são aquellas que tem algum defeito que lhes diminue o credito.

### ARTIGO I.

#### Das Pessoas que podem ou não ser testemunhas.

§ 523.

Podem ser testemunhas todas aquellas pessoas a quem a lei o não veda; e por isso tambem o podem ser as mulheres, os estrangeiros e os religiosos professos; *Merlin, dito,* § 1.

§ 524.

A lei não consente que sejão testemunhas as pessoas seguintes:

1.° Os pais e mãis ascendentes em feitos do filho e mais descendentes (salvo quando a questão fôr sobre a idade); nem estes em feitos daquelles; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 56, § 1.

2.° O irmão não póde ser testemunha em feito do irmão nos tres casos seguintes: Se está debaixo de seu poderio; se o feito é crime; se é civel sobre todos os bens ou a maior parte delles; § 2.

3.° O sogro e sogra contra genros e noras, nem estes contra aquelles; *Primeiras Linhas, nota* 477.

4.° O marido contra a mulher, nem esta contra aquelles; *Primeiras Linhas, nota dita* (291).

5.° O escravo não póde ser testemunha em feito algum. *Ordenação dita*, § 3, salvo se é tido geralmente por livre; *Ordenação, livro* 4, *titulo* 85, *principio*, ou quando a verdade se não póde descobrir de outro modo; *Primeiras Linhas, nota* 477.

6.° O desassisado sem memoria; § 5.

7.° Os menores de 14 annos sendo varões, e de 12 sendo femeas; § 6, *livro* 4, *titulo* 85 *principio* (292).

---

(291) Merlin citado, § 1, art. 3, n.° 13, referindo-se a Voet, diz com toda a razão que não ha affeição alguma fundada sobre laço mais sagrado que aquella de que um marido e uma mulher devem ser animados um para com o outro. Não seria ultrajar a natureza e a moral colloca-los na alternativa de um perjurio, ou de uma declaração que deve ser prejudicial a um dos dous? Além disto, sendo elles a origem dos parentescos e affinidades, seria bem singular dar-lhes nesta materia menos prerogativas que aos parentes e affins que elles formão.

(292) E poderão os que passão dessa idade jurar de factos acontecidos antes della? O Sr. d'Aguessean sustenta que elles só poderão ser acreditados se os factos succedêrão quando os menores estavão proximos á puberdade: eu porém penso que se a lei os excluio,

8.° O inimigo capital; § 7 (293).

9.° Os mudos e surdos de nascimento; *argumento da Ordenação, livro* 4, *titulo* 85 *principio.*

10° Os presos, salvo:

1.° Se antes da prisão forão nomeados por testemunhas;

2.° Se estão presos por feito civel;

3.° A respeito dos casos e maleficios succedidos na cadêa; *Ordenação dita, titulo* 56, § 9.

11.° Aquelles a quem falta algum sentido não podem ser testemunhas sobre cousas que devião ser observadas por esse sentido (294).

12.° O confessor não póde ser testemunha para declarar aquillo que lhe foi confiado debaixo de confissão; *Merlin, dito, artigo* 6, *n.°* 2 (295).

---

por suppôr nelles falta de razão sufficiente ou de criterio, milita o mesmo principio quanto aos factos anteriores.

(293) Só se considerão inimigos capitaes aquelles que menciona a dita Ordenação no § 7; e por isso só esses podem ser repellidos de ser testemunhas. A despeito do que diz o Aviso de 2 de Setembro de 1833, penso que o Artigo 86 do Codigo do Processo só é applicavel ao crime.

(294) Assim o cego não póde jurar de vista sobre cousas acontecidas depois da cegueira: o surdo não póde jurar de ouvir depois da surdez; mas podem jurar ou de cousas anteriores á perda do sentido, que lhes falta, ou de cousas cujo conhecimento lhes pudesse vir pelos outros sentidos. *Vide Primeiras Linhas, nota* 477.

(295) O confessor está ligado á lei do sigillo; elle comprometteria o segredo divino, seria um sacrilego, se declarasse o que em confissão lhe foi communicado.

13.° O parocho não póde ser testemunha para declarar o que confidencialmente lhe foi communicado (296).

14.° O advogado e o procurador não podem ser testemunhas contra seus clientes e constituintes, trahindo a confiança que nelles foi depositada (297).

---

(296) A resposta dada pelo parocho da parochia de Santa Anna de Montpellier é digna de ser de todos conhecida: quando foi chamado para jurar sobre um facto que se dizia ter-lhe sido confidencialmente communicado, além de outras considerações, apresentou as seguintes:—Um parocho é o confidente, o conselheiro, o consolador de seu rebanho; é em seu seio que o afflicto deposita suas penas, o pobre suas necessidades, o ignorante suas duvidas, o culpado seus remorsos. Confessor nato de todos seus parochianos, elles lhe revelão todos os seus segredos; seu caracter é o unico garante de que não poderião pôr seus interesses em mãos mais circumspectas e seguras. Mediador nato de todas as suas differenças, a suas luzes recorrem para as resolver, a seu zelo para as terminar, á sua prudencia para reparar as consequencias. Quantos desgraçados gemerião debaixo do peso do infortunio, se os autores de seus males não encontrassem na discrição dos parochos os meios de os reparar sem risco? Quantos criminosos guardarião em suas mãos os fructos de seus delictos, se a circumspecção do seu parocho não lhes assegurasse um recurso para os restituir sem perigo? Não: em um governo que se preza de tomar a religião por sua primeira regra, não ha pessoa publica sobre quem a confiança possa e deva melhor repousar que sobre um parocho. *Vide Merlin, citado, artigo* 6.

(297) A este respeito se expressa o mesmo Merlin, verbo—*Avocat* —§ 2, desta maneira: — « A discrição é uma qualidade essencial » no advogado. Depositario da confiança de seus clientes e de seus » segredos muitas vezes os mais importantes, trahiria indignamente

15.° O mesmo se deve dizer respeito aos medicos e cirurgiões; *Merlin, dito, artigo* 6, *n.°* 3 (298).

## ARTIGO II.

### Dos Defeitos das testemunhas.

### § 525.

Além das pessoas que são excluidas de jurar, ha outras que, supposto não sejão excluidas, padecem

---

» seu ministerio, se abusasse desta confiança. Elle não é obrigado » de revelar, como testemunha, aquillo que elle não sabe senão » como advogado.» — Entre nós passa como axioma que ao confessor, ao medico e ao advogado não se deve occultar cousa alguma: e qual seria a parte que informaria com lisura o seu advogado, se este pudesse ser chamado a descobrir em juramento o segredo confidencial? Aquillo porém que o advogado sabe por outras vias não está nas mesmas circumstancias. Para com o procurador milita a mesma doutrina.

(298) Os medicos e cirurgiões são muitas vezes chamados ao centro das familias, e ahi se fazem depositarios dos segredos mais transcendentes. Quantas vezes as victimas da seducção, por intermedio delles, deixão de perpetrar infanticidios e salvão as apparencias da honra? Quantas vezes conduzem á vida incautas filhas prostradas no leito da morte em consequencia de abortos forçados? Quantas vezes soccorrem, a chamado do proprio criminoso,

defeitos que lhes diminuem ou destroem o credito; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 56, § 10; e esses defeitos provém:

1.° Da falta da boa fama;

2.° Da suspeita da parcialidade;

3.° Da suspeita de suborno (299).

§ 526.

São defeituosos por falta de boa fama:

1.° Os que forão condemnados por crime de falsidade; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 58, § 5.

2.° Os que forão condemnados por outros crimes que ao menos na opinião publica são considerados como infamantes (300). *Domat, livro* 3, *titulo* 6, *secção* 3, *artigo* 7, *folha* 215.

---

o infeliz que foi objecto involuntario dos golpes que a outro se dirigião? A razão mesma está persuadindo que em casos taes e semelhantes elles não devem ser forçados, nem admittidos a jurar o que a confidencia lhes communicou. Nas mesmas circumstancias estão as parteiras.

(299) A falta de razão não é defeito de testemunha; mas causa que prohibe que seja testemunha o que padece essa falta: disso já tratámos no artigo antecedente.

(300) A Ordenação, livro 8, titulo 58, § 5, mencionando a falsidade, não exclue outros crimes em que se possa verificar a mesma razão; e assim os crimes de perjurio, de moeda falsa, de furto, de roubo, de estellionato, de quebra dolosa e outros quejandos por certo constituem defeitos que diminuem o credito das testemunhas.

3.° Os banidos; *Livro* 3, § 5; *livro* 20, *Domat, de testamentis; Primeiras Linhas, nota* 480.

4.° As meretrizes ou prostitutas publicas. *Livro* 3, § 2, *Domat, de testamentis.*

5.° O marido que prostitue sua mulher e o pai que prostitue sua filha; *Merlin, artigo* 2, *n.°* 2.

6.° O filho que tem posto as mãos em seu pai ou mãi; *Merlin, dito* (301).

7.° O bebado habitual; *Primeiras Linhas, nota dita* (302).

8.° Os jogadores por officio ou tafues. *Ordenação, Livro* 4, *titulo* 90, § 1; *Primeiras Linhas, nota dita.*

§ 527.

São defeituosos por suspeita de parcialidade:

1.° Os que tem interesse pessoal na causa (303), quaes são:

---

(301) É mister ter perdido todos os sentimentos da moral para que um filho ponha as mãos n'aquelles que lhe derão o ser: quem é capaz de commetter um tal crime, insultando assim a razão e a natureza, dá sobejas provas de sua immoralidade.

(302) Sempre entre nós a ebriedade por costume foi considerada como um defeito da testemunha; mas não se deve inteiramente desprezar o juramento do ebrio; pois esse é o estado menos firme para sustentar um plano de perjurio. Catellan disse: — *Le vin est sincère, fait dire souvent la vérité à ceux-là même qui ne voudraient pas la dire.*

(303) O interesse pessoal é o mais forte motivo de suspeita de

O socio na causa do socio.

O fiador na causa do devedor por elle afiançado.

O cedente na causa do cessionario.

O vendedor na causa do comprador, se é sujeita a evicção.

O que tem em juizo causa semelhante; *Primeiras Linhas, nota* 481.

O senhorio na questão de venda do prazo; *Pothier dito, n.°* 787.

Os membros de uma corporação nas causas em que elles são interessados; *ut singuli* (304).

2.° Os que tem parentesco com aquelles a favor de quem vão jurar, quaes são:

Os que, não sendo excluidos de jurar, comtudo estão dentro do quarto gráo de parentesco contado segundo o direito canonico; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 58, § 9 (305).

---

parcialidade. *Nullus in re sua idoneus testis intelligitur. L.* 10, *D. de Testibus.* A Ordenação, livro 4, titulo 85, § 1, faz uma limitação admittindo os legatarios a ser testemunhas no testamento em que lhe são deixados os legados.

(304) São interessados *ut singuli*, nas causas em que elles esperão uma vantagem immediata e pessoal; como nas questões de foros, rendas, etc.; e deixão de o ser quando se trata dos interesses da corporação considerada abstractamente, como nas questões sobre jurisdicção, direitos honorificos, etc.; mas nesta mesma hypothese são suspeitos por affeição. *Merlin dito*, § 1, artigo 3, n.° 4; *Primeiras Linhas, nota* 481. Vide *Almeida e Souza, Segundas Linhas, nota* 481.

(305) O direito canonico conta os gráos de parentesco de um só

Os affins dentro do mesmo gráo; *Primeiras Linhas, nota dita.*

Os que tem parentesco espiritual, e vem a ser os compadres, comadres, padrinhos, madrinhas, e afilhados; *Merlin, dito, n.º* 11.

3.º Os que vão jurar a favor de quem sobre elles exerce superioridade (306), quaes são:

Os domesticos; *Pothier dito, n.º* 789 (307).

Os criados não domesticos, mas que recebem salario; *Primeiras Linhas, nota dita.*

Os rendeiros ou inquilinos, que podem ser despejados quando aprouver ao senhorio (308).

Os empregados publicos e os militares a favor dos seus superiores.

Os discipulos, emquanto o são, a favor dos seus mestres.

4.º Os que são dominados de affeição, e nesse numero se contão, além dos parentes e affins:

---

lado do tronco commum; e portanto a disposição da citada Ordenação chega a abranger os netos de primos filhos de irmãos.

(306) A superioridade é um motivo de suspeita. *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest ut testes fiant. L. 6, D. de Testibus.*

(307) Nos mesmos factos domesticos elles não podem deixar de ser suspeitos; pois milita a mesma razão: todavia os caixeiros ou serventes de escriptorio são acreditados sobre os factos commerciaes passados no escriptorio ou loja. *Codigo Commercial Portuguez, artigo* 966.

(308) Se o rendeiro ou inquilino tem um contracto por tempo certo, cessa a suspeita originada da superioridade, mas subsiste a da affeição.

Os amigos intimos; *Ordenação, Livro* 5, *titulo* 6, § 29; *titulo* 37, § 3; *Merlin dito,* n.° 13.

Os tutores e curadores nas causas dos menores; *Pothier, dito, n.°* 789.

O doado a favor do doador; *Merlin, dito.*

A concubina a favor do seu amante.

5.° Os que são dominados de odio; a saber:

Os inimigos não capitaes da parte contra quem vão jurar, ou de parente desta de segundo co-irmão para cima; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 58, § 7 (309);

Os que tem parentes inimigos da parte contra quem vão jurar, *Ordenação dita;*

O que se offereceu para jurar na causa; *Ordenação dita,* § 6;

O que prometteu fazer todo o mal e damno que pudesse áquelle contra quem quer testemunhar; *Ordenação, dita;*

6.° Os que esperão da causa louvor ou vituperio; quaes são:

O advogado que trata da causa a favor de seu constituinte;

O procurador nella.

---

(309) Os inimigos capitaes são excluidos de ser testemunhas; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 56, § 7, portanto a do titulo 58, § 7, deve entender-se dos inimigos não capitaes. A inimizade só produz a suspeita, se teve lugar antes de começado o feito; ou sendo depois, se proveio por parte da testemunha; *Ordenação dita,* § 8.

O tutor e curador nas causas de seus tutellados ou curados;

O Juiz;

O Arbitro;

O Administrador. *Primeiras Linhas, nota dita.*

§ 528.

Se a causa da suspeita provém de interesse pessoal, parentesco, superioridade, affeição ou esperança de louvor ou vituperio, são idoneas as testemunhas no que jurão contra as pessoas a favor de quem militão essas causas; e se a suspeita provém de inimizade, são idoneas no que jurão a favor dos inimigos.

§ 529.

Quando o motivo da suspeita é commum a ambas as partes, elle cessa inteiramente e a testemunha se torna idonea (310).

---

(310) *V. g.* se a testemunha é parenta em igual gráo do autor e do réo; se é compadre de ambos etc., deixa de ter lugar a suspeita, não havendo outras causas que a fação subsistir.

§ 530.

São defeituosos por suspeita de suborno:

1.° Os que depois de nomeados por testemunhas fallão sós e occultamente com a parte por quem vão jurar ou com alguem por mandado della; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 57, *principio.*

2.° Os que fôrem rogados pela parte para calarem a verdade ou dizerem o contrario della; *Ordenação, dita.*

3.° Os que receberem, para jurar, dinheiro ou dadivas, ou promessas; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 58, § 2.

4.° Os mendigos; *Merlin, dito, artigo* 4, *n.°* 2 (311).

5.° Os que fôrem induzidos a jurar por meio de ameaças; *Merlin, dito, n.°* 3 (312).

---

(311) Os pobres, que não são mendigos, estão nas mesmas circumstancias. A pobreza não é vileza; antes muitas vezes é filha da honra e da probidade: todavia ella é inimiga da virtude, e facilmente se volve em matricida — *necessitas caret lege* —: desta fórma convém ter em vista o caracter e os costumes da testemunha, para assim dar ou negar credito ao seu dito, não bastando a simples qualidade de ser pobre.

(312) Merlin no lugar apontado com razão sustenta que o suborno tanto se póde operar por ameaças como por promessas e dadivas: muitas vezes as ameaças, quando tem fundamento, ainda são mais poderosas.

6.° Os que depois de jurar, e havendo intervallo, se querem retractar; *Segundas Linhas, nota* 482 (313).

7.° Os que tiverem dado attestados sobre os factos da demanda; *Code de procédure Civile Français, artigo* 283; *Merlin, dito, artigo* 4, *n.°* 1.

## ARTIGO III.

### Das Contraditas das Testemunhas.

### § 531.

Quando as testemunhas são defeituosas, podem ser contraditadas, ou no acto do juramento, ou por meio de artigos; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 58 (314).

---

(313) As testemunhas que se retractão muito pouca fé merecem, ou nenhuma, porque dão a conhecer que em um ou outro caso ellas se prestárão aò perjurio. *Merlin dito*, § 5, *n.°* 1.

(314) A Disposição Provisoria não vedou os artigos de contraditas, que não podem ser considerados como embargos dos que ella prohibe; e até seria injusta a lei que vedasse esse meio de fazer conhecer a verdade: portanto podem as partes usar delle. Existe porém uma duvida, e consiste em que a Ordenação, livro 3, titulo 58, queria, com razão, que as contraditas fossem postas (salvas algumas excepções) antes de abertas as inquirições; mas hoje que ellas são publicas desde logo, quando se deveráõ pôr as contra-

§ 532.

As contraditas não tem lugar depois da publicação das provas; *Ordenação dita*, § 2, isto é, depois de inquiridas as testemunhas, cujo inquerito hoje é publico; *Disposição Provisoria, artigo* 11; salvo jurando-se que vierão de novo ou sendo de suborno; *Ordenação dita.*

§ 533.

Offerecidos os artigos de contraditas, sendo relevantes, o Juiz os recebe e lhes assigna cinco dias para prova; *Primeiras Linhas*, *nota* 494. Não póde dar-se a cada um desses artigos mais de tres testemunhas; *Ordenação*, *dita*, § 4.

---

ditas? Quando se fazem reformas parciaes quasi sempre se ataca o systema geral e apparecem destas difficuldades: nestas circumstancias, parece razoavel que nem se vedem as contraditas, nem se admittão depois de prestados os juramentos publicos; e que quem quizer deduzi-las, ou as apresente por artigos, depois de posto no cartorio o rol das testemunhas, e antes do inquerito; ou que as deduza por palavra no acto do juramento, podendo depois reduzi-las a artigos, se as testemunhas negarem os topicos dellas; embora taes artigos se venhão a processar depois de finda a dilação.

§ 534.

Não se admittem reprovas, isto é, não podem as testemunhas que produzem sobre os artigos de contraditas, ser contraditadas, excepto por motivo de parentesco até o segundo gráo inclusive, contado pelo direito canonico ou de inimizade.

§ 535.

No caso que as testemunhas sejão tiradas por meio de carta de inquirição, devem as contraditas ser postas perante o Juiz deprecado; *Ordenação dita*, § 1; *Primeiras Linhas, nota dita.*

§ 536.

Do despacho que não recebe os artigos de contraditas só compete aggravo no auto do processo; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 33.

## ARTIGO IV.

### Da Prova que fazem as testemunhas.

§ 537.

Em todos os casos onde a lei não exige que a prova se faça por instrumento publico, tem lugar o fazer-se por testemunhas.

§ 538.

De ordinario duas testemunhas idoneas constituem prova legitima; *Mello Freire, livro 4, titulo* 17, § 10, (315).

---

(315) As Ordenações citadas por Pereira e Souza, nota 483, fallão de casos especiaes, que não podem firmar a regra: todavia ella é exacta e verdadeira, e até estabelecida na Sagrada Escriptura: *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum.* Para que as duas testemunhas fação prova é mister que ellas jurem de um facto que presenciassem: as que jurão de ouvir (não sendo a propria parte, em cujo caso militão as regras da confissão extrajudicial), de pouco valem — *Testis ex auditu alieno fidem facit.* — Se a testemunha se

## § 539.

Ha casos em que as leis exigem maior numero de testemunhas, a saber (316):

1.° Para prova de nomeação de prazo, não havendo escriptura, requerem-se tres testemunhas; *Ordenação, livro* 4, *titulo* 37, § 3; *Assento de* 27 *de Agosto de* 1811.

---

refere a outra, e esta é produzida e combina, valem ambas por uma só, pois a referente foi um echo da referida, e não póde fazer mais prova do que esta. Guerreiro, *Tratado* 1, *capitulo* 9, *n.°* 117.

(316) Indevidamente introduzio Pereira e Souza, na nota 483, os casos dos testamentos escriptos de que trata a Ordenação, livro 4, titulo 80; dos codicillos escriptos na conformidade da Ordenação dita, titulo 86; da renuncia do Velleiano, conforme a do titulo 102, § 3; e da hypotheca, de que trata a lei de 20 de Junho de 1774, § 33; pois que em todos esses casos as testemunhas não são judiciaes, mas sim instrumentarias; e portanto a prova nasce dos instrumentos feitos com as solemnidades da lei, entre as quaes é o numero das testemunhas, e não simplesmente das mesmas testemunhas. Nesses casos, ainda que fossem produzidas as testemunhas em juizo em numero devido, não se apresentando os instrumentos, ellas não serião attendidas, nem constituirião prova legal. Devemos pois concluir que o numero de testemunhas marcado nessas leis torna-se necessario para a validade dos instrumentos; mas que nesses casos a prova é litteral, e não simplesmente testemunhal. Pelo que respeita a objectos criminaes, são elles alheios ao processo civil.

2.° Para prova dos contractos feitos por corretor, ainda que excessivos á taxa da lei, se exigem tres; *Ordenação, Livro* 3, *titulo* 59, § 19 (317).

3.° Para se provar testamento nuncupativo á hora da morte é mister seis testemunhas; *Ordenação, Livro* 4, *titulo* 80, § 4.

4.° Para se provar o codicillo feito de palavra á hora da morte, se carece de tres; *Ordenação, Livro* 4, *titulo* 86, § 2.

§ 540.

Uma só testemunha não faz prova: se é sem suspeita e depõe cumpridamente do facto, constitue meia prova; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, *principio* (318).

§ 541.

Exceptuão-se os casos seguintes em que uma só constitue prova:

---

(317) Esta especie é hoje regulada pelas leis commerciaes, pois a Ordenação, livro 3, titulo 59, não tem applicação ás transacções do commercio.

(318) Por mais caracterisada que seja a testemunha, não póde o seu unico dito fazer prova—*etiamsi præclaræ curiæ honore perfulgeat.—Livro* 9, *Codigo, de Testibus; Pothier dito, n.°* 779.

1.° Para verificar as más respostas dadas pelos Escrivães ás partes;

2.° Para conhecer as testemunhas que tem de jurar e que não são conhecidas do Juiz ou Escrivão; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 55, § 10;

3.° Para prova das dividas devidas a carniceiros, padeiros e taverneiros, não excedendo a 3$000 réis; *Ordenação, livro* 4, *titulo* 18; *Alvará de* 16 *de Setembro de* 1814, § 2.

## § 542.

A parte que produz uma testemunha approva sómente a sua pessoa, mas não o seu dito, senão quanto bom e verdadeiro fôr; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 55, § 12; portanto uma testemunha contraproducente não póde constituir prova perfeita (319).

---

(319) Essa doutrina de Pereira e Souza, que dava á contraproducencia a força de prova plena, foi justamente repellida por Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 483, *n.°* 3: e na verdade bastava ao litigante corromper uma testemunha do seu contrario para triumphar. Se as provas apparecem duvidosas, muito peso se deve dar á contraproducencia; mas quando estão claras, esta não póde prevalecer. Tambem o mesmo escriptor combate o erro de que uma testemunha de facto proprio faz plena prova; erro opposto á Ordenação, livro 3, titulo 52, principio.

§ 543.

As testemunhas devem ser juradas, concordantes comsigo e com as outras; e devem especificar os factos com todas as suas circumstancias: as testemunhas singulares, varias, contradictorias e as que não dão razão de dito, não fazem prova; *Primeiras Linhas*, § 228 (320).

§ 544.

A testemunha póde retractar-se no mesmo acto do juramento; *Primeiras Linhas*, *nota* 485: se presta na mesma causa dous juramentos contrarios, prevalece o primeiro com quebra de credito; *Segundas Linhas*, *nota* 484, *n.º* 8.

§ 545.

Só fazem prova as testemunhas tiradas dentro da dilação competente, de outra fórma são nullas; *Or-*

---

(320) Sobre este objecto, além do que eruditamente escreveu o citado Pereira e Souza, *veja-se Almeida e Souza, Segundas Linhas, nota* 485.

*denação, livro* 3, *titulo* 54, § 16; *Primeiras Linhas, nota* 488. Exceptuão-se:

1.° As que são tiradas *ad perpetuam rei memoriam; Ordenação, livro* 3, *titulo* 55, §§ 7 e 8;

2.° Quando ha consentimento da parte;

3.° No caso de simples justificação;

4.° No caso de informação extrajudicial; *Primeiras Linhas, nota dita* (321).

§ 546.

Mil testemunhas puramente negativas não fazem tanta fé como uma affirmativa; *Segundas Linhas, nota* 495, *n.°* 3.

§ 547.

Havendo collisão de testemunhas, igualmente idoneas, deve attender-se á qualidade dellas, ao numero e á concludencia de seus ditos; *Merlin, dito,* § 6;

---

(321) Pereira e Souza tambem menciona o caso das excepções peremptorias, conforme a Ordenação, livro 3, titulo 20, § 15; mas isto é um equivoco, pois que nesse caso as testemunhas são tiradas dentro do termo probatorio que para isso o juiz marca— *assignará ao réo para a provar dez dias.*

*Corrêa Telles; Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.º* 972; e se nisto mesmo houver igualdade; deve decidir-se pela absolvição do réo, salvo nas causas por direito favoraveis (322).

---

(322) Se as testemunhas de um lado não são idoneas, mas sim defeitnosas, então não se dá collisão; as qualidades das testemunhas e o numero não são cousas para inteiramente se desprezarem, como querem Mello Freire, livro 4, titulo 16, § 11, e Pereira e Souza, *Primeiras Linhas, nota* 495, dizendo aquelle que a fé das testemunhas se deve procurar *ex moribus et vitæ honestate*; mas, se estamos no caso de haver testemunhas sem suspeita de parte a parte, como poderá o juiz guiar-se por tal bussola? Deverá proceder a uma inquirição *de vita et moribus?* Em quem será mais factivel a falta de verdade, no nobre ou no plebeo? no rico ou no pobre? no empregado publico ou no proletario? no magistrado ou no esbirro? Attenda-se a que as circumstancias da educação, da posição social e da fortuna, que dá as commodidades da vida, muito influem na moral: e se não é regra invariavel que a virtude foge pela janella quando a verdade bate á porta, pelo menos as excepções não são numerosas; e assim penso que as qualidades das testemunhas devem merecer alguma attenção: o erro contrario é insustentavel á face da Ordenação, livro 3, titulo 60, § 7. Pelo que respeita ao numero, os que lhe negão peso commettem um contrasenso: se uma testemunha faz meia prova e duas a fazem inteira, segue-se que estas valem o dobro daquella, e que a lei attende ao numero; portanto se dous vencem um, quatro vencem dous; a proporção é a mesma: se me dissessem e demonstrassem que, em se unindo os ditos de duas testemunhas, ellas constituião a infallibilidade, então concordaria; mas, se não póde haver verdade infallivel em cousas oppostas, sujeitemo-nos áquillo que a razão nos dicta. Quando não ha motivos para decidir sobre a collisão e as testemunhas estão em diametral opposição, é consequente não se acreditarem nem umas nem outras;

## ARTIGO V.

### Do modo de proceder nas inquirições.

### § 548.

Aquelle que quizer produzir testemunhas na terra deve fazer um requerimento ao juiz da causa, pedindo que designe dia, hora e lugar para esse fim; e que se cite a parte para as ver jurar; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 1, § 13 (323).

### § 549.

Se a parte está dentro do municipio, a citação deve ser pessoal; se está fóra, póde ser feita na pessoa do

---

*Merlin dito*; e então deve absolver-se o réo, a não militar circumstancia de favor pela parte do autor, como succede nas causas de liberdade, de alimentos, etc.

(323) O lugar subentende-se ser aquelle onde se fazem as audiencias. Os juizes muitas vezes commettem aos escrivães o fazer a designação, e nesse caso cumpre que a fação antes da citação, de fórma que o citado della fique intelligenciado.

procurador; se não constituio procurador, faz-se por pregão em audiencia; e se nunca appareceu em juizo, não se carece citação alguma; *Ordenação citada.*

§ 550.

A parte contra quem se hão de produzir as testemunhas póde fazer citar a outra para que em 24 horas ponha no cartorio o rol dellas; e passado esse termo, já as não póde nomear, salvo se jurar que as houve de novo; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 55, *principio,* e § 4 (324).

§ 551.

Se a inquirição tem de ser feita fóra da terra, póde a nomeação (não estando já feita) ter lugar no juizo deprecado; *Ordenação dita,* § 1.

§ 552.

No lugar e hora marcada, achando-se presentes o

(324) O que produz as testemunhas deve prevenir-se, apresentando o rol em tempo, ainda que lhe não seja pedido, afim de evitar que lhe seja estorvada, com esse pretexto, a inquirição do dia designado.

Juiz, Escrivão, as partes e os seus advogados ou procuradores, devem ser introduzidas as testemunhas successiva e não simultaneamente (325).

§ 553.

O Juiz defere o juramento á testemunha que vai ser inquirida, fazendo-a pôr a mão sobre os Santos Evangelhos; *Ordenação, livro* 1, *titulo* 86, *principio* (326).

---

(225) Em outro tempo as testemunhas erão interrogadas separada e secretamente; *Ordenação, livro* 1, *titulo* 86, *principio; Primeiras Linhas,* § 231. A Disposição provisoria determinou que ellas fossem inquiridas publicamente; portanto seus ditos já não ficão em segredo; mas isso não obsta que sejão inquiridas em separado, o que é muito conveniente para o apuro da verdade.

(326) O juramento deve ser dado sem distincção de pessoa, pelo contacto dos Santos Evangelhos, desprezando-se praticas contrarias de alguns juizes irreflectidos: se a religião, além de segurar a felicidade da divida eterna, é nesta o mais solido apoio dos imperios, pois que suas penas chegão mesmo onde não penetrão vistas humanas, e os seus effeitos vão influir nas consciencias, onde não chega a espada da justiça, é mister que a pretexto de estarmos no seculo das luzes, não façamos crer que taes exigencias e formulas de juramentos são uma antigualha, digna de proscrever-se. O juramento é de tanta força, quanto é certo que elle liga pelas leis da religião, da sociedade e da honra: uns temeráõ o castigo divino, outros as penas do perjurio; outros a infamia ligada á mentira jurada; cumpre porém que o juiz faça ver á testemunha os effeitos de um juramento falso, como adverte Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 484, *n.º* 2.

§ 554.

Quem inquirir a testemunha lhe dève perguntar primeiro o nome, profissão, idade e costumes (327); depois inquirirá sobre os factos contidos nos artigos, e não fóra delles; *Ordenação dita, livro* 1, *titulo* 86, *principio,* e § 1.

§ 555.

Devem perguntar-se ás testemunhas todas as circumstancias do facto, e tudo deve ser escripto (328).

---

(327) Perguntar pelo costume, quer dizer, perguntar á testemunha se é parente ou affim de alguma das partes; em que gráo; se é compadre, padrinho ou afilhado; se é amigo ou inimigo; se foi rogada ou suborpada, ou se tem algum outro motivo que a possa tornar suspeita. *Ordenação; livro* 1, *titulo* 86, *principio.*

(328) Não basta pois escrever que, sendo perguntada a tal artigo, jurou ser verdadeiro ou falso: é necessario declarar o facto que ella assevera ser verdadeiro ou falso. O mesmo se deve ter em vista nos depoimentos das partes: obrar o contrario é commetter um erro que póde ser de funestas consequencias. Em uma causa que se propôz de avultado valor, um rabula, defensor do autor, fez deferir um depoimento ao réo meu constituinte, e o escrivão escreveu as respostas dizendo unicamente—ao 1.° depôz *confessando*; ao 2.° depôz *negando,* etc.—O libello foi arrancado e substituido por outro, onde os artigos forão alterados, fazendo recahir as confissões nos

§ 556.

As testemunhas são inquiridas pelas proprias partes, por seus advogados ou procuradores; *Disposição Provisoria, artigo* 11 (329).

§ 557.

As partes contrarias, seus advogados ou procuradores, podem reperguntar as testemunhas sobre os factos a que são produzidas e sobre todas as suas circumstancias (330).

---

mais essenciaes, e que havião sido negados: foi mister lançar mão de artigos de falsidade com os quaes fiz declarar falso o libello. Releva não expôr a taes riscos. Dos artigos a que a testemunha nada diz não se faz menção senão no fim do juramento, *v. g.* do 1.°, 2.° e 3.° nada disse. *Ordenação, livro* 1, *titulo* 86, § 2.

(329) Sendo a prova a parte mais essencial do processo, cumpre que as partes escolhão inquiridores mui habeis; pois que esse officio não é tão simples como muitos presumem; são poucas as pessoas que tem a habilidade e tino necessario para desempenharem bem essa tarefa; e ninguem o poderá fazer com vantagem sem que esteja bem sciente da questão que faz objecto da demanda; tendo primeiro examinado com attenção os articulados de uma e outra parte.

(330) Não se deve consentir que as testemunhas sejão interrompidas no curso do seu juramento, isto é, no meio ou no fim de

## § 558.

**O Juiz deve estar presente ao interrogatorio das testemunhas (331).**

---

cada artigo; se assim se praticasse, seria facil a um advogado ou procurador confundir e assustar a testemunha, servindo-se desses meios censuraveis para emmaranhar a prova: findo o interrogatorio por parte de quem produz a testemunha, deve então a parte contraria, seu advogado ou procurador, reinquiri-la, fazendo-lhe as observações que lhe parecer; é isto o que se deduz do artigo 262 e 264 do Codigo do Processo Criminal, a que se refere o artigo 11 da Disposição Provisoria. As perguntas devem ser pertinentes ao caso, limitando-se aos factos articulados e a todas as suas circumstancias; mas não se devem consentir perguntas impertinentes, alheias da questão e respectivas a factos diversos.

(331) Ainda que não seja expresso na lei que o juiz deva estar presente, e ainda que a maior parte delles tratem de resto esses actos, abandonando-os ao escrivão, inquiridores e partes, comtudo é inquestionavel que a boa administração da justiça e o espirito da lei exige a sua presença. Quem defere o juramento ás testemunhas? Quem decide as questões incidentes? Quem contém as partes e inquiridores para que não exorbitem? Quem assigna os juramentos no fim do interrogatorio juntamente com o escrivão e testemunhas? E não será (não direi uma falsidade) um contrasenso dizer o escrivão que o juiz deferio o juramento e que o assignou, e apparecer a assignatura delle, sem que todavia tenha assistido ao acto? Além disto, um juiz tem duas funcções a exercer, colher as provas e decidir; e mal póde desempenha-las quando elle não preside e dirige a inquirição: esta asserção é bellamente desenvolvida por Bentham; *Principes des Preuves judiciaires, tomo*

§ 559.

As testemunhas devem jurar de viva voz, e não por escripto; salvo se fôr mudo aquelle que jurar.

§ 560.

Devem ellas comparecer em juizo, e, não querendo, podem ser compellidas por autoridade do Juiz, fazendo-as prender ou penhorar; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 55, § 11; titulo 62, *principio*. Exceptuão-se:

1.° As pessoas egregias; *Ordenação*, *livro* 1, *titulo* 5, § 14; titulo 26, § 5; titulo 84, § 10 (332).

---

1, *capitulo* 5. Persuado-me que a justiça muito lucraria se o officio de inquirir fosse privativo do juiz que tivesse de decidir, admittindo-se as partes a fazer-lhe as exigencias justas para dirigir outras perguntas ás testemunhas; se com isso despendião tempo, economisavão-o no exame desses processos de que ficavão scientes; e quando mesmo (o que era justo) se lhes arbitrasse um salario proporcional ao trabalho, não seria isso mais oneroso ás partes do que é presentemente.

(332) Dizem-se pessoas egregias os bispos, fidalgos, doutores, juizes e advogados e outras pessoas semelhantes: *Primeiras Linhas nota* 490. Isto parece um privilegio pouco conforme com o disposto no artigo 145 da constituição; porém, ou porque seja impossivel deixar de haver attenções na sociedade, ou porque esse artigo careça de lei regulamentar, é certo que ainda persiste esse tal ou qual privilegio, assim como o da Ordenação, livro 3, titulo 59, § 15.

2.° As legitimamente impedidas; *Ordenação, livro* 1, *titulo* 78, § 3; *titulo* 84, § 10 (333).

§ 561.

Essas pessoas comtudo não são isentas de jurar, mas devem ser inquiridas em suas proprias casas; *Primeiras Linhas, nota* 490 (334).

§ 562.

As testemunhas que estão em differente municipio devem comparecer no juizo do seu domicilio, quando citadas em virtude de carta de inquirição (335).

---

(333) Taes são os enfermos, os velhos, etc.

(334) Como hoje a inquirição seja publica, nessa occasião não se póde vedar o ingresso, mesmo na casa da testemunha, a quem a queira presenciar.

(335) A este respeito veja-se o que ficou dito no § 361 e seguintes. Se é necessario que as testemunhas jurem sobre a realidade de algum documento original junto aos autos, deve a parte que o juntou requerer ao juiz da causa que lh'o mande entregar, ficando por traslado, afim de ser junto á carta e mostrado ás testemunhas no juizo deprecado, assignando termo de o tornar a apresentar: sem isto muitas vezes seria impossivel a prova. Assim o vi praticar e tenho praticado; e nenhum prejuizo póde resultar á parte contraria, porque o risco da perda corre por conta de seu dono.

§ 563.

Não se admittiráõ testemunhas além de quinze a cada artigo, sendo diversos; ou além de vinte, quando se tiver de provar um só artigo ou muitos da mesma substancia; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 55, § 3; as excedentes são nullas, e seus ditos se devem riscar e inutilisar; § 5.

## TITULO IV.

### De Juramento.

§ 564.

Juramento é a religiosa asseveração da verdade de algum facto pela invocação da vingança divina; *Primeiras Linhas*, § 234 (336).

---

(336) Esta definição, tirada de Mello Freire, livro 4, titulo 19, § 1, e que este tirou de Rieger, é simples e exacta. As considerações historicas e philosophicas que o insigne autor das *Primeiras Linhas* faz em suas differentes notas sobre o juramento são tiradas na maior parte du *Code de l'Humanité, ou la Législation Universelle*, digno de ser visto.

§ 565.

O juramento se divide em promissorio e assertorio: aquelle tem por objecto factos ou cousas futuras, este as passadas; *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 19, § 1.

§ 566.

O juramento promissorio não se póde annexar aos contractos ou distractos; *Ordenação, livro* 4, *titulo* 73; mas, salva essa excepção, elle tem uso entre nós (337).

---

(337) Mello Freire, dito, § 5, e Pereira e Souza, nota 502, declarão que tal juramento é nullo e prohibido entre nós; parece-ce-me que forão pouco reflectidos, pois pensárão que a Ordenação, livro 4, titulo 73, constituia uma regra geral, quando ella só falla dos contractos e distractos, e não de outros actos. Se o juramento promissorio é, como elles reconhecem, o que tem por objecto cousas ou factos futuros, segue-se que é juramento promissorio o que prestão todos os magistrados e funccionarios publicos antes de entrar no exercicio de seus empregos; o que prestão os peritos e louvados; o que prestão os tutores e curadores, e até o juramento de calumnia, que, menos a requerimento de parte, ainda hoje tem lugar em varios casos.

§ 567.

O juramento assertorio ou affirmativo divide-se em judicial e extrajudicial, segundo é prestado em juizo ou fóra delle.

§ 568.

O juramento extrajudicial é sempre voluntario; mas, sendo prestado, liga a quem o presta; *Mello dito*, § 2 (338).

§ 569.

O juramento judicial divide-se em voluntario e necessario: aquelle é o que uma parte defere ou refere á outra, para por elle se decidir a questão, e por isso se chama decisorio: este é o que o Juiz, por sua propria autoridade, defere a uma das partes, ainda contra vontade da outra; ou em ajuda de prova, e se

(338) Elle tem pouco uso ou nenhum entre nós; *Primeiras Linhas, nota* 499.

chama suppletorio, ou para determinar o valor ou quantidade da cousa pedida, e se denomina *in litem* (339).

§ 570.

Deve o juramento ser prestado conforme a religião de quem o presta (340), livremente e sem coacção; *Primeiras Linhas*, § 238.

§ 571.

Ninguem póde ser obrigado a jurar sobre facto alheio de que não tenha conhecimento; *Primeiras Linhas, nota* 505.

§ 572.

O juramento não é meio de contrahir obrigação alguma, é sim meio de provar a obrigação preexistente;

---

(339) Tambem são juramentos judiciaes os que prestão as testemunhas e os que prestão as partes em depoimento; porém delles aqui não tratamos, porque estes pertencem á prova por confissão, aquelles aos requisitos da prova testimonial.

(340) Este principio é de pura intuição; o Judeo não póde jurar por Christo, nem o Christão por Mafoma.

e portanto os vicios ou nullidades desta tornão aquelle sem validade; *Primeiras Linhas, nota* 508.

## ARTIGO I.

### Do Juramento decisorio.

§ 573.

Qualquer litigante póde requerer ao Juiz que se cite o seu contrario afim de vir jurar sobre a cousa que se lhe demanda, e pelo seu juramento decidir-se a questão, sob pena de ser referido ao requerente; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 59, §§ 5 e 8 (341).

§ 574.

Accusada a citação na primeira audiencia, e se o réo não comparece, deve ser esperado á segunda, sem necessidade de nova citação; *Ordenação, livro* 1,

(341) Tanto póde o autor deferir este juramento ao réo sobre a acção, como este o póde deferir áquelle sobre a sua defesa. *Pothier, Traité des Obligations, tome* 2, *n.º* 815.

*titulo* 49, § 1; *Decreto de* 15 *de Junho de* 1758 *e* 10 *de Maio de* 1790.

§ 575.

Comparecendo o citado em qualquer das audiencias, e deferindo-se-lhe o juramento, é por elle absolvido ou condemnado; *Ordenação dita, livro* 3, *titulo* 59, § 5; mas o requerente, emquanto se não defere, póde variar e revogar o deferimento, pagando primeiro as custas occasionadas; *Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 948; *Primeiras Linhas, nota* 509.

§ 576.

Se o citado ou não comparece ou não quer jurar, refere-se o juramento ao requerente, e por elle é o réo condemnado; *Ordenação dita, livro* 1, *titulo* 49, § 1; *livro* 3, *titulo* 59, § 5.

§ 577.

Como este juramento decide a questão, segue-se que só póde ser deferido ou referido áquelles que tem a livre disposição de seus direitos; *Pothier, Traité*

*des Obligations, tomo* 2, *n.º* 816; *Digesto dito, n.º* 938; *Primeiras Linhas, nota* 509 (342).

§ 578.

Aquelle que se recusa a prestar o juramento deferido ou referido dá-se por vencido e reputa-se confessar, a acção se é réo, e a defesa se é autor; *Digesto dito, n.º* 945.

§ 579.

Este juramento só póde ser deferido á parte principal, que tem razão de saber a verdade, e não a seus herdeiros ou cessionarios, que, jurando que nada sabem, são absolvidos, cumprindo ao autor recorrer a outras provas, sem que lhe possa ser referido o juramento, salvo se o réo quizer; *Ordenação dita, titulo* 59, § 6.

§ 580.

Quando o requerente não tem razão de saber do

(342) Desta materia, e em geral do juramento decisorio, vulgarmente chamado — acção d'alma — tratou largamente Almeida e Souza, *Supplemento ás Segundas Linhas, tratado* 9.

facto, não se lhe póde referir o juramento; mas nem por isso é o citado dispensado de jurar; e se recusa, é condemnado; *Ordenação dita*, § 7; *Pothier, dito*, *n.º* 817.

§ 581.

Se o contracto é de tal natureza, que carece de escriptura publica para prova, e ella não existe, tem lugar o deferimento deste juramento; *Ordenação dita*, § 7. Porém, se a escriptura é da substancia do contracto, então é repellido o requerente da exigencia do juramento; *Ordenação*, *livro* 4, *titulo* 19, § 2; *Digesto dito*, *n.º* 941.

§ 582.

O citado para jurar pessoalmente deve comparecer em propria pessoa, salvo estando impedido e obtendo despacho do Juiz para ser admittido por procurador; *Primeiras Linhas*, *nota* 509.

§ 583.

Póde requerer-se este juramento em toda e qualquer

causa e em qualquer estado della; *Primeiras Linhas, ditas; Pothier, n.º* 814; *Digesto dito, n.º* 939.

§ 584.

O juramento deferido ou referido prejudica ás proprias partes ou seus herdeiros e successores, não a terceiras pessoas, ainda que o objecto seja identico ou emane da mesma obrigação (343).

§ 585.

Todavia se o juramento é deferido ao devedor, que jura nada dever, aproveita ao fiador, que por isso não póde ser demandado; *Pothier, dito, n.º* 820.

§ 586.

Se o juramento é deferido ao fiador, cumpre examinar se elle jura *de re* ou *de persona*, isto é, da ver-

(343) *Jusjurandum alteri nec nocet, nec prodest; Livro* 3, § 3, *ff. de jurejurando.* Se um herdeiro demanda o devedor pela sua quota, e lhe defere o juramento decisorio, e elle nega, fica absolvido; mas não fica isento de ser demandado pelos outros herdeiros a quem o juramento não prejudica. *Pothier, dito, n.º* 818.

dade da divida ou da qualidade de fiador: no primeiro caso o juramento livra o devedor, se o fiador jura que nada deve: no segundo, se jura que não se obrigou como fiador, o juramento não utilisa ao devedor; *Pothier, dito.*

§ 587.

Se é deferido a um dos devedores solidarios sobre o facto da divida, aproveita aos outros; se sobre a qualidade de solidario, não os livra; *Digesto dito, n.°* 951.

§ 588.

Deferido ou referido o juramento decisorio, resulta a presumpção *juris et de jure*, contra a qual se não admitte prova contraria, nem mesmo por instrumentos achados depois; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, § 3; *Pothier, dito, n.°* 817; *Primeiras Linhas,* § 242 (344).

---

(344) O principio voga no caso que o juramento tenha sido legalmente prestado; pois se faltárão as formalidades, póde arguir-se de nullo; e tambem se póde usar contra elle da restituição *in integrum*, havendo lesão. *Pothier, dito, n.°* 820; *Primeiras Linhas, ditas, nota* 512. Se o juramento foi referido á revelia, e se mostra um justo impedimento do não comparecimento, deve elle ser attendido. Os julgadores tambem devem ser mui circumspectos; pois sendo tão

## ARTIGO II.

### De Juramento suppletorio.

§ 589.

Juramento suppletorio é aquelle que o Juiz defere a uma das partes para supprir a falta da prova plena, ou da acção ou da defesa.

§ 590.

Este juramento só se defere concorrendo os requisitos seguintes:

---

faltas de solemnidades as nossas citações, e tão accessiveis ao suborno alguns dos officiaes que dellas estão encarregados; e até podendo ser illudidos na identidade da pessoa citada, não deve haver difficuldade em attender qualquer opposição que tenha apparencias de justa, contra o juramento referido á revelia. Se elle póde rolar mesmo sobre quantias excessivas á taxa da lei, como poderá a fé de um official, ou subornado ou enganado, produzir effeitos que aliás se não obterião sem uma escriptura publica? É para desejar que o modo de fazer as citações em todos os casos, e neste com especialidade, seja regulado com mais criterio, por acto legislativo que previna abusos de tanta transcendencia.

1.° Que haja meia prova (345);

2.° Que a quantidade sobre que se questiona não seja de grande valor (346);

3.° Que aquelle a quem se defere tenha justa razão de saber da cousa (347);

4.° Que não seja pessoa torpe e vil; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, *principio*, §§ 1 e 2 (348).

---

(345) A meia prova diz-se feita por uma testemunha sem suspeita que depõe cumpridamente do facto;

Por confissão extrajudicial;

Por escriptura privada, provada por comparação de letra ou por outros modos; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, *principio*;

Assim como pelos assentos do homem de commercio nos seus livros, etc. *Vide* nota 280.

(346) A quantia diz-se grande ou pequena com attenção, não ao seu valor real, mas sim ás pessoas litigantes; *Ordenação dita*, § 1: isto fica ao prudente arbitrio do juiz. *Digesto Portuguez, tomo* 1, *artigo* 955.

(347) Tem razão de saber a verdade aquelle com quem o negocio foi tratado. O herdeiro presume-se ignorante dos factos e contractos do fallecido; todavia se é mulher ou filho ou pessoa que habitasse com elle, e fosse sciente dos seus negocios, póde deferir-se-lhe um tal juramento. *Primeiras Linhas, nota* 516; *Almeida e Souza, supplemento ás Segundas Linhas, tratado* 8, § 37.

(348) A torpeza ou vileza de que a lei aqui falla não é aquella que a opinião commum liga a certas occupações, mas aquella que nasce da immoralidade e corrupção dos costumes; *Ordenação, Livro* 4, *titulo* 90, § 1; *Almeida, dito*, § 41; *Digesto dito, n.°* 956.

§ 591.

Quando o autor prova perfeitamente a divida em substancia, e não a quantidade, determina-se tambem esta por meio de suppletorio; *Primeiras Linhas, nota* 514.

§ 592.

Póde este juramento ser deferido a requerimento da parte, ou mesmo por officio do Juiz, e sem consentimento da parte contraria; *Ordenação, dita; Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 952 *e* 954.

§ 593.

A parte a quem o Juiz o manda deferir não o póde referir á parte contraria; e se recusa presta-lo, decahe da demanda e contra ella se dá a sentença; *Primeiras Linhas, nota* 515.

§ 594.

Póde tal juramento ser pedido em qualquer estado

da causa, e tanto na primeira como na segunda instancia; *Almeida e Souza, Supplemento ás Segundas Linhas, Tratado* 8, *n.°* 85 (349).

§ 595.

O Juiz póde, quando os autos lhe vão conclusos afinal, mandar primeiro prestar o suppletorio para depois delle julgar; e póde desde logo condemnar ou absolver, debaixo da condição de ser depois prestado o juramento; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 66, § 4; *Almeida dito*, § 93.

§ 596.

Esta sentença é revogavel apparecendo depois escripturas publicas pelas quaes se mostre não ser verdadeiro o juramento; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, § 3.

§ 597.

Da interlocutoria, que antes da condemnação manda

(349) Este escriptor nesse tratado 8.° desenvolve amplamente esta materia; e desde o § 48 aponta muitos casos em que o suppletorio não tem lugar.

prestar o suppletorio ou o nega, compete aggravo no auto do processo; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 20, § 46; da sentença que condemna debaixo da condição de ser prestado o juramento cabe appellação; *Almeida dito*, § 98.

### ARTIGO III.

#### Do Juramento in litem.

§ 598.

Juramento *in litem* é aquelle que o Juiz defere a uma das partes para fixar e determinar a quantia da condemnação; *Pothier*, *Traité des Obligations*, *tomo* 2, *n.º* 831.

§ 599.

Ha duas especies deste juramento, a saber: *juramentum affectionis* e *juramentum veritatis*; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 86, § 16; *Pothier dito*; *Primeiras Linhas*, *nota* 518.

§ 600.

O juramento de affeição regula-se pelo arbitrio da parte que o presta; o juramento de verdade regula-se pelo verdadeiro valor da cousa; *Primeiras Linhas, nota dita.*

§ 601.

Tem lugar o juramento *in litem* todas as vezes que o autor tem provado o seu petitorio de restituição de cousa certa ou de interesses; mas ha incerteza sobre a somma em que o réo deve ser condemnado por não a restituir; *Pothier, dito, n.°* 832; *Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 959 (350).

§ 602.

Para se deferir é mister que haja dolo ou culpa

(350) *V. g.* quando o viajante entregou a mala ao estalajadeiro e este a não restitue;

Quando o cabeça de casal sonegou bens ao inventario;

Quando o credor, recebendo em penhor um objecto, quer entregar outro ou o subtrahe;

Quando o senhorio vende o predio sem resalvar o arrendamento.

lata da parte do réo, sonegando ou alheando a cousa; *Ordenação dita; Digesto dito*, n.º 961.

§ 603.

O juramento de verdade deve ser firmado na taxa da quantidade, feita pelo Juiz, sobre o arbitramento de peritos; *Ordenação dita.*

§ 604.

O juramento de affeição póde ser modificado pelo Juiz, se achar exorbitante a quantidade, taxando-a como fôr justo; *Ordenação dita.*

§ 605.

Quando a acção emana de roubo ou força, e se presta o juramento, é por elle o réo condemnado; e esta condemnação não se desfaz ainda que depois appareça escriptura publica que mostre ser inexacto o juramento; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 52, § 5.

§ 606.

Só podem ser objecto deste juramente as cousas cuja estimação é incerta; e por isso são excluidos os bens de raiz e cousas fungiveis (351).

## TITULO V.

### Das Presumpções.

§ 607.

Presumpção é o juizo que a lei ou o homem faz sobre a verdade de uma cousa por uma consequencia, tirada de outra cousa, segundo aquillo que commum e ordinariamente costuma acontecer; *Merlin*, verbo *Présomption* (352).

---

(351) O mais que se desejar ver respeito a este juramento se achará em *Almeida e Souza, supplemento ás Segundas Linhas, tratado* 11, *pagina* 463.

(352) *Domat, livro* 3, *titulo* 6, *secção* 4, *artigo* 1.° diz: — As presumpções são consequencias que se tirão de um facto conhecido para se fazer conhecer a verdade de um facto incerto, de que se busca a prova. — Outros dão differentes definições, que na essencia são identicas.

§ 608.

Quando a presumpção é estabelecida por lei, chama-se presumpção de direito; quando não é, chama-se simples ou de homem. As presumpções de direito se subdividem : umas são presumpções *juris et jure ;* outras são simplesmente presumpções *juris; Pothier, Traité des Obligations, Parte* 2, *n°.* 801.

§ 609.

A presumpção *juris et jure* é tão forte, que não admitte prova em contrario; *Pothier dito, n.°* 802 : ella é mais uma disposição da lei que uma prova, e por isso é superior a todas as provas; *Primeiras Linhas, nota* 523.

§ 610.

Os casos especiaes em que se verifica essa presumpção são expressos nas leis; *Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 1034 (353).

---

(353) A lei presume tão verdadeiro o caso julgado, que não admitte nova disputa sobre o que foi decidido (salva a acção resci-

§ 611.

A presumpção simples de direito faz prova legal, e por isso só póde destruir-se com provas plenas e liquidas; *Lei de* 6 *de Junho de* 1755, § 6; *de* 11 *de Maio de* 1770, § 5; *de* 4 *de Agosto de* 1773.

§ 612.

A presumpção simples de direito é estabelecida em lei ou deduzida della por argumento. Esta não exclue a prova em contrario, mas dispensa de prova a parte a favor da qual milita; *Pothier dito*, *n.º* 804; *Primeiras Linhas*, *nota* 523 (354).

---

soria, ou de nullidade; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 75, *principio*): a lei não admitte prova contra o juramento decisorio; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 52, § 5: a lei presume que o menor de 21 annos não tem capacidade para por si só contractar, salvo o caso de casamento ou carta de supprimento; *Ordenação*, *livro* 1, *titulo* 88, §§ 27 *e* 28; *Decreto de* 31 *de Outubro de* 1831. Estes e outros mais casos são denominados presumpções *juris et jure* porque não admittem prova em contrario, supposto que esta mesma circumstancia lhes destroe a sua essencia, como bem adverte Mello, *Tratado*, *livro* 4, *titulo* 16, § 9, e *Pereira e Souza*, *nota* 523.

(354) A Ordenação, livro 4, titulo 46, presume os casamentos contrahidos por carta de ametade. A Ordenação, livro 3, titulo 53,

§ 613.

Presumem-se por direito aquellas qualidades que são inherentes á pessoa ou á cousa; presumem-se as cousas naturaes as que commummente se costumão fazer; sempre se presume o melhor e mais honesto; presumem-se as cousas no mesmo estado. *Primeiras Linhas*, § 250; *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 16, § 8.

§ 614.

Não se presumem as cousas que são de facto, e por isso mesmo não se presume a mudança das cousas, que é um facto; *Primeiras Linhas*, § *dito*.

§ 615.

As presumpções de homem são assim denominadas

---

§ 13, presume confesso o que recusa prestar depoimento. A do livro 4, titulo 51, presume que o que se confessa devedor de uma divida a não recebeu, se dentro de 60 dias oppuzer a excepção *non numeratæ pecuniæ*: presumem-se legitimos os filhos havidos *ex justis nuptiis*: estas presumpções são de direito, dispensão da prova; mas admittem prova em contrario.

porque são incertas e submettidas á prudencia do Juiz; *Merlin dito*, § 4.

§ 616.

Estas presumpções se dividem em violentas, graves e leves, segundo é necessaria, natural, ou muitas vezes fallivel, a ligação do facto conhecido com o desconhecido (355).

§ 617.

Em collisão de presumpções prevalece a de direito á de homem; a violenta á grave, esta á leve, a especial á geral, a natural á accidental, a affirmativa á negativa, a favoravel á que o não é; *Merlin dito*, *n.º* 5.

---

(355) Quando a ligação dos factos conhecidos com o facto desconhecido é necessaria, o indicio que resulta dos primeiros forma uma presumpção violenta da verdade do segundo. Se essa ligação, sem ser absolutamente necessaria, é conforme á ordem natural das cousas, temos uma presumpção grave. Quando os indicios são de natureza que muitas vezes podem estar ligados ao facto contrario, temos presumpção leve. *Merlin*, *dito*, *n.º* 5.

## TITULO VI.

### Do Arbitramento.

§ 618.

Arbitramento é a estimação feita por louvados, legalmente nomeados, das cousas consistentes em facto, de que depende a decisão da causa (356).

§ 619.

Louvados são pessoas entendidas e escolhidas, que procedem ao arbitramento; tambem se chamão expertos, peritos, avaliadores e arbitradores: elles sómente conhecem de facto; e nisto differem dos arbitros, que conhecem de direito; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 17, *principio.*

---

(356) A palavra *arbitramento* designa com mais propriedade a sentença dos arbitros; assim como a palavra *louvação* designa a determinação dos louvados. *Ferreira Borges, Diccionario Juridico Commercial;* não obstante, a lei tambem chama arbitramento a esta determinação. *Ordenação, livro* 3, *titulo* 17.

§ 620.

Quando se tem de proceder a arbitramento, uma das partes faz requerimento ao Juiz para citar a outra afim de que na primeira audiencia nomêe e approve louvados que fação o arbitramento; pena de se proceder á revelia.

§ 621.

Na primeira audiencia accusa-se a citação; se o citado não apparece, fica esperado á seguinte: apparecendo na primeira ou segunda, cada uma das partes nomêa tres individuos para a outra escolher um; os dous escolhidos são os que devem fazer o arbitramento; *Digesto Portuguez, tomo* 1, *n.°* 495. Se alguma das partes é revel ou recusa nomear e escolher, o Juiz escolhe e nomêa; *n.°* 496.

§ 622.

Os louvados podem ser repellidos por suspeitos, e até contradictados, como as testemunhas; *Ferreira Borges, Diccionario:* porém, depois de approvados, só

podem ser recusados pela parte que os nomeou ou escolhéu, sobrevindo causa de novo ou conhecimento de causa anterior e ignorada.

§ 623.

Os louvados nomeados devem ser ajuramentados; pelo juramento prestado se conhece que aceitão; e depois da aceitação são compellidos, até com prisão, á fazer o arbitramento, tendo direito de pedir salario do seu trabalho; *Digesto dito, n.º* 497; *Primeiras Linhas, nota* 534.

§ 624.

Se os dous não concordarem, deve haver nova citação para em audiencia se escolher um terceiro; *Ordenação dita*, §§ 2 e 4. Se as partes não combinão nessa escolha, cada um nomêa tres, e dos seis escolhe o Juiz um; *Primeiras Linhas, nota* 536; *Almeida e Souza, Supplemento ás Segundas Linhas, Tratado* 14, § 26.

§ 625.

Esse terceiro louvado deve necessariamente con-

cordar com um dos dous discordes; *Ordenação dita*, § 2 (357); mas quando os laudos contiverem diversos objectos, póde em parte concordar com um, e em parte com o outro.

§ 626.

Se o arbitramento depende de qualidades da cousa, que não podem ser submettidas á inspecção ocular dos louvados, devem ellas provar-se primeiro (358).

---

(357) Parece-me ser bastante dura a lei emquanto sacrifica, e de tal fórma, a consciencia do terceiro louvado, que póde ter fortes e iguaes motivos para repellir os dous laudos anteriores. Ella teve em vista pôr um termo ao arbitramento; mas podia conseguir o fim sem sacrificar tanto a razão e a justiça. A experiencia mostra que de ordinario os louvados nomeados são de feição das partes, e quando estas se interessão, apparece de um lado um laudo mesquinho, do outro um exorbitante, e portanto ambos igualmente afastados do justo; obrigar o terceiro a combinar com um delles é tornar legal a injustiça: seria melhor buscar outro expediente, *v. g.* mandar nomear mais dous com faculdade de dar seus laudos como entendessem, mas sem exceder o maximo nem descer do minimo dos dous anteriores: se tres concordassem, se estaria pelo seu accordo; se discordassem, ficaria sendo a verdadeira avaliação o valor medio dos dous laudos ultimos: supponha-se que os dous primeiros avalião um em 10, outro em 20; os dous ultimos avalião em 12, outro em 16; ficaria sendo 14 o termo medio da avaliação. Outros muitos expedientes se poderião adoptar; mas emquanto permanecer a lei, cumpre respeita-la.

(358) Se se tratar de serviços de um criado ou de um caixeiro,

§ 627.

O arbitramento é um meio subsidiario, de que só se deve usar quando de outro modo se não póde chegar ao conhecimento da verdade, e por isso ninguem deve ser constrangido a convir em que qualquer avaliação ou liquidação se faça por arbitradores, sem precederem artigos e provas; *Segundas Linhas, nota* 534, *n.os* 2 e 3.

§ 628.

Os louvados não devem exorbitar do fim para que forão propostos; *Segundas Linhas dita, n.°* 7.

§ 629.

Os louvados podem, ordenando-o o Juiz, *ex-officio*, ou a requerimento da parte, declarar, mesmo *ex-intervallo*, o arbitramento duvidoso ou confuso; mas não podem alterar aquillo que fôr claro; *Segundas Linhas ditas, n.°* 9.

---

é mister, para que tenha lugar o arbitramento, que se prove primeiro qual era a qualidade dos serviços prestados, etc.

§ 630.

O arbitramento não tem força de sentença, e por isso o Juiz pode abandona-lo, se fôr erroneo; *Segundas Linhas ditas, n.° 9 e 11; Primeiras Linhas, nota* 537.

§ 631.

Do arbitramento dá-se vista ás partes, pedindo-a; *Segundas Linhas ditas, n.°* 10.

§ 632.

Quando alguma das partes se acha lesada com o arbitramento, tem dous recursos; ou appellar, ou requerer ao Juiz que o reduza a arbitrio de bons homens, dignos de fé, contando-lhe a razão do seu aggravo; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 17, §§ 3 e 5; *titulo* 78, § 2 (359).

---

(359) Se a lesão é da sexta parte, póde pedir-se a emenda dentro de um anno, *Ordenação dita*, § 6; mas se fôr enorme, póde arguir-se dentro de quinze annos. *Ordenação, livro* 4, *titulo* 13, § 5.

§ 633.

Segundo arbitramento deve conceder-se havendo motivos attendiveis; terceiro, por via de regra, não se concede, excepto:

1.° Se o segundo foi nullo;

2.° Se o primeiro foi nullo, e como tal arguido;

3.° Quando o terceiro se requer sobre duvida não decidida nos anteriores;

4.° Quando o segundo é manifestamente erroneo; *Segundas Linhas ditas, n.°* 12.

TITULO VII.

**Da Vestoria.**

§ 634.

Vestoria é o acto judicial pelo qual o Juiz se certifica do facto que se controverte em juizo por meio da inspecção ocular; *Primeiras Linhas*, § 259 (360).

---

(360) Daqui se deduz que só podem ser objecto de vestoria aquellas cousas que podem ver-se e examinar-se pela inspecção; não se dando esta circumstancia, a vestoria não se deve conceder. *Almeida e Souza, Supplemento ás Segundas Linhas, tratado* 14, § 9.

§ 635.

A vestoria póde ser decretada ou por officio do Juiz ou a requerimento de alguma das partes: no primeiro caso, deve ser promovida e preparada por quem tiver interesse no adiantamento da causa; no segundo, por quem a requer; *Primeiras Linhas, nota* 538.

§ 636.

Deve ser feita com intervenção de louvados legalmente nomeados e ajuramentados, e por isso a parte a quem pertence promovê-la deve fazer citar a outra para na primeira audiencia nomear e approvar peritos na arte a que respeita a cousa, seguindo-se os mais tramites designados no titulo antecedente.

§ 637.

Nomeados e approvados os louvados, requer-se ao Juiz que designe dia e hora, e que mande citar as partes para estarem presentes, querendo, pena de revelia e os louvados para comparecerem (361).

---

(361) Esta citação é tão necessaria, que sem ella fica nulla a vestoria. *Primeiras Linhas, nota* 541: o mesmo se deve dizer da citação.

§ 638.

No dia designado, o Juiz, estando no lugar onde tem de se fazer a vestoria, juntamente com o Escrivão e louvados, defere o juramento aos mesmos na presença das partes, se comparecerem, ou á sua revelia; e depois passa a ouvir e attender os requerimentos dellas, se os fizerem; *Almeida Souza, Supplemento ás Segundas Linhas, tratado* 14, § 30 (362).

§ 639.

De todas essas solemnidades lavra auto o Escrivão, e nelle prosegue, escrevendo as declarações dadas pelos peritos; findo o mesmo, deve ser assignado pelo Juiz,

---

para a nomeação dos louvados : ambas ellas devem ser pessoaes, salvo se o procurador tiver poderes sufficientes, ou a parte estiver ausente.

(362) Costumão as partes apresentar nesse acto quesitos, pedindo que os louvados declarem a respeito delles o que encontrarem; estes requerimentos podem ser vocaes ou por escripto, e logo que tenhão alguma connexão com a questão, devem ser deferidos. Tanto os quesitos, como a solução delles, devem ser mencionados no auto da vestoria.

Escrivão, peritos e partes presentes ou seus procuradores (363).

§ 640.

Se os dous peritos não concordão, deve haver nomeação e escolha de terceiro para decidir a discordia dos primeiros, devendo concordar com um delles; *Almeida dito*, § 26 (364).

§ 641.

O Juiz que tem de decidir a causa deve ir pessoalmente assistir á inspecção ocular, excepto:

1.° Se a causa que se ha de inspeccionar está em territorio alheio; em cujo caso se passa precatoria com designação especial para esse fim; *Primeiras Linhas*, *nota* 540;

2.° Se a vestoria é decretada pela Relação, porque então os autos revertem ao Juiz inferior para a fazer; *Regulamento de* 3 *de Janeiro de* 1833, *artigo* 46 (365).

---

(363) A praxe tem introduzido assignarem tambem as partes presentes ou seus procuradores; porém se alguma recusar, isso não offende a validade do auto.

(364) Veja-se o que dissemos no titulo *Do arbitramento*.

(365) O juiz deve ir pessoalmente; é um abuso dar commissão,

§ 642.

No acto da vestoria podem admittir-se informadores, que tambem devem ser ajuramentados; *Primeiras Linhas, nota* 540; *Almeida dito*, § 32.

§ 643.

A vestoria póde ser requerida em qualquer tempo e estado da causa, tanto no termo probatorio, como nas allegações finaes, na conclusão da causa, na appellação e na execução; *Almeida dito*, § 6; *Primeiras Linhas*, § 260: e até se póde em alguns casos fazer antes do ingresso da demanda, *ad perpetuam rei memoriam; Almeida dito*, § 5 (366).

---

como bem pondera Almeida e Souza, *Supplemento ás Segundas Linhas, tratado* 14, § 1, a não se verificar alguma das excepções mencionadas. No caso que o juiz donde forão os autos para a Relação não seja o do territorio onde tem de se fazer a vestoria, a quem deve aquella ser incumbida? O Regulamento não prevenio este caso; porém não podendo o juiz *a quo* ir exercer jurisdicção em territorio alheio, é consequente que a diligencia deve ser incumbida ao juiz *rei sitæ*, ou remettendo-lhe a Relação os autos, ou revertendo elles ao juiz *a quo*, e fazendo este expedir deprecada para esse fim.

(366) *V. g.* para se examinar o damno feito em um escravo, em um animal, e em qualquer cousa que possa variar o seu estado no progresso da demanda. *Almeida dito*.

§ 644.

A vestoria é de todas as provas a mais plena, pois é mais certo o que vemos que o que ouvimos de outrem; *Primeiras Linhas, nota* 538 (367). Mas é um remedio subsidiario que só se deve praticar na falta de outras provas terminantes; *Almeida dito,* § 5.

§ 645.

Póde conceder-se segunda vestoria, havendo erros na primeira, ou para averiguar circumstancias omissas e differentes; mas raras vezes se concede terceira; *Primeiras Linhas, nota* 450; *Almeida dito,* § 39 (368).

§ 646.

Se a vestoria se faz antes das allegações finaes, não é mister dar della vista ás partes; mas, sendo depois,

---

(367) Vide nota 360.

(368) Não se devem contar aquellas que fôrem julgadas nullas; pois o que é nullo presume-se que nunca existio. *Alvará de* 17 *de Janeiro de* 1759; *de* 12 *de Junho de* 1800, § 3.

devem ser ouvidas sobre ellas; *Primeiras Linhas, nota* 541; *Almeida dito,* § 36 (369).

---

(369) No primeiro caso, quando as partes fizerem suas razões finaes, diráõ sobre a vestoria; no segundo caso, como não tenhão mais a fallar ao feito, devem ser ouvidas sobre essa prova que accresceu.

## CAPITULO XX.

### Das Allegações juridicas.

§ 647.

Allegação juridica é a dissertação que contém a applicação do direito ás provas dos autos; *Pereira e Souza, Diccionario Juridico.*

§ 648.

Feito o lançamento das provas, o escrivão continúa vista dos autos aos Advogados das partes para formarem suas allegações; devendo primeiro continua-la ao do autor, e depois ao do réo; *Primeiras Linhas,* § 271 (370).

(370) Como hoje as inquirições sejão publicas, está prejudicado quanto os praxistas escrevêrão sobre a publicação das provas.

§ 649.

Quando de excepções ou embargos antes do seu recebimento, se manda dar vista ás partes, primeiro deve ser continuada ao excepto ou embargado, depois ao excipiente ou embargante; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 39 (371). Depois do recebimento e disputa, deve primeiro razoar o excipiente ou embargante, e por fim o excepto ou embargado.

§ 650.

Em caso de opposição, primeiro razoa o oppoente afinal, depois o autor, e por fim o réo. Sendo muitos e differentes os oppoentes, razoa primeiro o ultimo,

---

(371) Este principio deve ser observado, ainda que os embargos venhão remettidos de fóra. Pela mesma razão, se ambas as partes embargão, dá-se vista ao primeiro embargado para impugnar os embargos contrarios, depois ao segundo embargado para impugnar os da parte e sustententar os seus; e volta vista ao primeiro para sustentar os seus: as opiniões contrarias não se casão com a clara disposição da mencionada Ordenação, que não permitte que a sustentação preceda á impugnação, o que é um contrasenso; e não me é possivel dar preferencia ás opiniões contrarias de Pereira e Souza, Almeida e outros, porque o veda a lei de 18 de Agosto de 1769.

depois o antecedente, etc.; *Almeida e Souza, Segundas Linhas, nota* 348 *e* 552 (372). Nas preferencias as razões são feitas pela ordem da deducção dos artigos.

§ 651.

As allegações tem lugar tanto nas causas ordinarias, como nas summarias: ellas respeitão a defesa das partes, e por isso não devem omittir-se; mas não são da substancia do processo, e assim a sua falta não produz nullidade; *Primeiras Linhas*, § 270; *Segundas Linhas, nota* 548.

652.

O Advogado ou procurador, se tiver alguns requerimentos ou exigencias á fazer a bem do feito quando lhe fôr para razões, não deixará de razoar, e no principio dellas requererá o que lhe convier: se obrar o contrario, não se lhe concede mais vista para esse fim; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 20, §§ 42 e 43.

---

(372) Pelo que respeita ás allegações em caso de appellação e revista, fallaremos quando tratarmos desses objectos.

§ 653.

Ainda que o autor ou réo ou oppoente constituão dous ou mais procuradores, não se lhes dará mais que um só termo para razoarem : o mesmo é no caso de apparecer assistente ou chamado á autoria; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, §§ 40 e 41.

§ 654.

Sendo muitos os litis-consortes, devem todos responder em um termo, e até respondem por um só advogado ou procurador, se o direito delles é identico; mas quando fôr diverso, devem ser admittidos a defender-se cada um por seu procurador; *Silveira á Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 41, *n.º* 4 (373).

§ 655.

O termo para razoar é arbitrario ao Juiz, que deve

(373) Esta doutrina é de uma evidencia irrecusavel : muitas vezes os interesses dos réos são inteiramente oppostos entre si ; e dada esta circumstancia, seria uma injustiça obriga-los a defender-se por um só procurador, ou simultaneamente debaixo da mesma vista : a Ordenação, livro 3, titulo 20, §§ 40 e 41, trata de casos diversos.

attender á difficuldade do objecto; *Ordenação, livro* 3; *titulo* 20, § 44; *Silveira, dito n.º* 1. A praxe tem introduzido o conceder-se o termo de duas audiencias nas causas ordinarias, e de uma nas summarias (374).

§ 656.

É licito a qualquer das partes juntar documentos ás suas allegações; mas sempre dos documentos juntos se deve dar vista á parte contraria para sobre elles responder, podendo ao mesmo tempo combater as razões contrarias; *Primeiras Linhas, nota* 471; *Segundas Linhas, nota* 552, *n.os* 4 *e* 5; *Costa, Estilos, pagina* 179.

§ 657.

As allegações devem ser precisas, claras, concludentes e adaptadas ao objecto: fazem-se a arbitrio, e não ha uma norma certa que as dirija (375).

---

(374) Termo de uma audiencia entende-se o espaço que decorre de uma á outra, isto é, da primeira á segunda; e termo de duas audiencias é o que decorre da primeira á terceira. É portanto um erro pensar que o termo de uma audiencia é o espaço que dura a audiencia que o juiz dá ás partes.

(375) Seria loucura fazer as allegações judiciarias com todas as regras da rhetorica, introduzindo-lhes exordio, narração, provas,

# CAPITULO XXI.

## Da Conclusão.

### § 658.

Conclusão é o ácto pelo qual a causa se sujeita ao conhecimento do Juiz: se ella tende á decisão de alguma questão incidente ou preparatoria, chama-se conclusão interlocutoria: se tende á decisão da questão principal, chama-se definitiva; *Pereira e Souza, Diccionario Juridico.*

---

argumentos, resposta aos contrarios, conclusão, epilogo, etc.; isso apenas se deverá praticar em causas de grande transcendencia; a exposição breve do facto, a demonstração clara das provas, a citação do direito terminante e applicavel, são regularmente materias sufficientes para uma allegação. As repetições, as digressões longas e estranhas, e as citações immensas de leis e autores para demonstrar principios comesinhos e concedidos, além de indicarem má digestão, fazem ver que o artifice fez obra para vender por medida, sem advertir que o valor de tal mercancia não está no seu volume.

§ 659.

A conclusão deve praticar-se em todas as causas; não se faz necessaria na de força; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 48, § 2, excepção que firma a regra em contrario; mas como não seja da essencia do processo, a sua omissão não produz nullidade; *Primeiras Linhas, nota* 556.

§ 660.

A conclusão final não se deve abrir a requerimento de parte, ainda que ella jure que houve razão de novo; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 30: exceptuão-se os casos seguintes:

1.° Quando essa nova razão teve nascimento depois do feito concluso; *Ordenação, dita* (376).

2.° Quando a parte requer assignar termo de confissão; *Primeiras Linhas, nota* 557.

3.° Quando morre alguma das partes e tem de se proceder á habilitação; *Primeiras Linhas, nota* 559.

---

(376) *V. g.* havendo attentado, havendo transacção, etc. *Segundas Linhas, nota* 555, *n.os* 8 e 14.

4.° Havendo consentimento mutuo de todas as partes; *Primeiras Linhas*, § 277.

5.° Por meio de restituição; *nota* 557.

§ 661.

Para o Juiz nunca se conclue a causa; e por isso elle póde officiosamente abrir a conclusão nos casos seguintes:

1.° Para se proceder a vestoria.

2.° Para ser prestado o juramento suppletorio.

3.° Para se proceder a exame.

4.° Para reperguntar testemunhas equivocas ou duvidosas.

5.° Para exigir depoimentos ou declarações das partes.

6.° Para fazer supprir qualquer erro supprivel na fórma da *Ordenação, livro* 3, *titulo* 63, § 1.

7.° Para se proceder a qualquer acto ou diligencia legal que seja conducente para o apuro da verdade (377).

§ 662.

A conclusão definitiva deve ser precedida do paga-

---

(377) Vejão-se *Pereira e Souza* e *Almeida e Souza*, *nos lugares citados.*

mento do sello e da averbação ou pagamento da dizima (378).

---

(378) Se o valor da causa não excede a um conto de réis, pagão-se logo os dous por °/₀ da dizima : no caso que exceda, apenas se averba. *Decreto de* 22 *de Outubro de* 1822. A respeito do imposto da dizima, vide—*Lei de* 31 *de Outubro de* 1835, *artigo* 9, § 2; *Decreto de* 31 *de Agosto*; *Lei de* 22 *de Outubro, artigo* 14, § 21 ; e *Decretos de* 26 *e de* 29 *de Outubro de* 1836. *Portaria de* 13 *de Fevereiro, e Aviso de* 28 *de Julho de* 1837 ; *Regulamento de* 9 *de Abril*; *Portaria de* 18 *de Junho*; *e Decreto de* 22 *de Outubro de* 1842. *Portaria de* 12 *de Janeiro* ; *de* 12 *e de* 26 *de Fevereiro*; *Decreto de* 13 *de Março* ; *e Portaria de* 27 *de Junho de* 1844. *Portaria de* 12 *de Fevereiro*; *Decreto de* 10 *de Junho* ; *Portaria de* 17 *de Setembro e de* 29 *de Dezembro de* 1845. *Portarias de* 10 *de Outubro de* 1846 *e de* 21 *de Outubro de* 1847.

## CAPITULO XXII.

### Da Sentença.

§ 663.

Sentença é a decisão da controversia feita pelo Juiz (379).

§ 664.

A sentença se divide em definitiva e interlocutoria : aquella decide a questão principal ; esta decide algum incidente della ; *Mello Freire, livro* 4, *titulo* 21, § 1.

(379) Esta definição, dada por Heineccio, é exacta e de todas a mais succincta: ella é seguida por Stryk e Vicat; com ella fraternisa a de Domat e Merlin.

§ 665.

A interlocutoria póde ser simples ou mixta: aquella não põe fim á controversia, e com especialidade respeita á ordem do processo: esta tem força de definitiva, porque põe fim ao feito, ou contém damno irreparavel; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 65; *titulo* 69 (380).

§ 666.

A sentença deve ser dada, depois de maduro exame de todas as peças do processo, conforme o allegado e provado, ainda que a consciencia do Juiz outra cousa lhe dicte; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 41, § 1 *in fine*; *titulo* 63 *principio*: *titulo* 66 *principio*.

§ 667.

A sentença, ou absolva ou condemne, deve ser dada conforme ao libello, sem que julgue mais que o

(380) *Mello Freire*, *livro* 4, *titulo* 21, § 1; *Primeiras Linhas*, *nota* 562. Por Aviso de 10 de Fevereiro de 1837 foi declarado que a sentença sobre —*Cumpra-se*—, lançado nos testamentos, é final se precedeu disputa sobre dever cumprir-se.

pedido; porém pelo que respeita ás custas, fructos e interesses, póde condemnar no que accresceu depois da lide contestada, ainda que pela parte não seja pedido; *Ordenação, dita*, § 1 (381).

§ 668.

Deve a sentença ser dada sobre quantidade ou cousa certa, salvo quando a incerteza póde ser certificada pelos autos, ou se póde liquidar na execução; *Ordenação, livro* 3, *titulo* 20, § 5; *titulo* 66, § 2; *titulo* 86, § 2; ou quando é proferida em acções universaes, como a petição de herança e partilhas; *Ordenação dita, titulo* 65, § 3.

§ 669.

A sentença deve ser pura, e não condicional, excepto se a condição logo se cumprir, como se o Juiz

---

(381) Debaixo das palavras—*fructos e interesses* — de que se serve a Ordenação, livro 3, titulo 66, § 1, se comprehendem os juros, que realmente são fructos civis do dinheiro. A decisão que condemnar em mais que o pedido na acção, além das custas, fructos e interesses, é exorbitante e nulla. As ampliações que menciona Pereira e Souza, *Primeiras Linhas, nota* 565, parecem ser pouco conforme com as leis citadas.

condemnar o réo no que o autor jurar; *Ordenação dita*, § 4 (382).

§ 670.

Nas sentenças definitivas devem os Juizes declarar especificadamente as causas em que se fundárão para condemnar ou absolver, confirmar ou revogar; *Ordenação dita*, § 7 (383).

§ 671.

A sentença interlocutoria póde ser revogada pelo proprio Juiz que a proferio, ou por seu successor, de moto proprio; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 65, § 2: isto porém só tem cabimento antes de executada; § 3; e

---

(382) Não se infira que o juiz póde condemnar o réo só pelo juramento do autor: a lei falla do juramento *in littem*, e não póde ser entendida de outra fórma.

(383) Esta lei é justissima e de summa utilidade; e seria para desejar que suas penas não fossem letra morta: alguns juizes della se olvidão, mas com isso perdem conceito; pois, além de que transgredem a lei, fazem nascer a suspeita, ou de que sentenciárão sem maduro exame, ou de que encontrárão difficuldade em buscar fundamentos para uma sentença injusta.

depois de uma vez revogada não póde mais revogar-se; § 7.

§ 672.

A sentença definitiva ou interlocutoria com essa força, que não é embargada ou appellada em tempo competente (384), passa em julgado e produz todos os seus effeitos para poder ser executada (385).

§ 673.

Em regra a sentença só aproveita ou prejudica ás pessoas que figurão no processo em que é proferida e a seus successores; *Ordenação*, *livro* 3, *titulo* 81, *principio* (386).

---

(384) Sobre o tempo em que a sentença deve ser appellada ou embargada, *vide* capitulo 26, titulo 2.

(385) Pereira e Souza, § 281, menciona os effeitos da sentença; confira-se Almeida e Souza, *Segundas Linhas*. Quando a sentença é contra a fazenda nacional, e não houve appellação officiosa, não se cumpre, e entregão-se os autos ás partes para promoverem as appellações. *Ordenação de* 6 *de Julho de* 1839. O governo não póde annullar as sentenças. *Portaria de* 22 *de Setembro de* 1836.

(386) Ha casos em que a sentença aproveita e não prejudica a terceiro; casos em que prejudica a terceiro que tem immediato, igual ou secundario prejuizo ou interesse: e casos que em geral

§ 674.

As sentenças que se extrahirem do processo não devem conter mais que o pedido e contestação ou articulado das partes, e a sentença com os documentos a que ella se referir; *Disposição Provisoria, artigo* 16.

§ 675.

As sentenças devem ir transitar na chancellaria nos lugares em que a ha; *Alvará de* 9 *de Julho de* 1810, § 1. As de presas proferidas no almirantado transitão na chancellaria mór do Imperio; *Decreto de* 29 *de Novembro de* 1837.

---

prejudica a todos aquelles a quem della póde resultar eventualmente interesse ou prejuizo, como demonstra Almeida e Souza, *Segundas Linhas, nota* 572.

FIM DO SEGUNDO VOLUME.